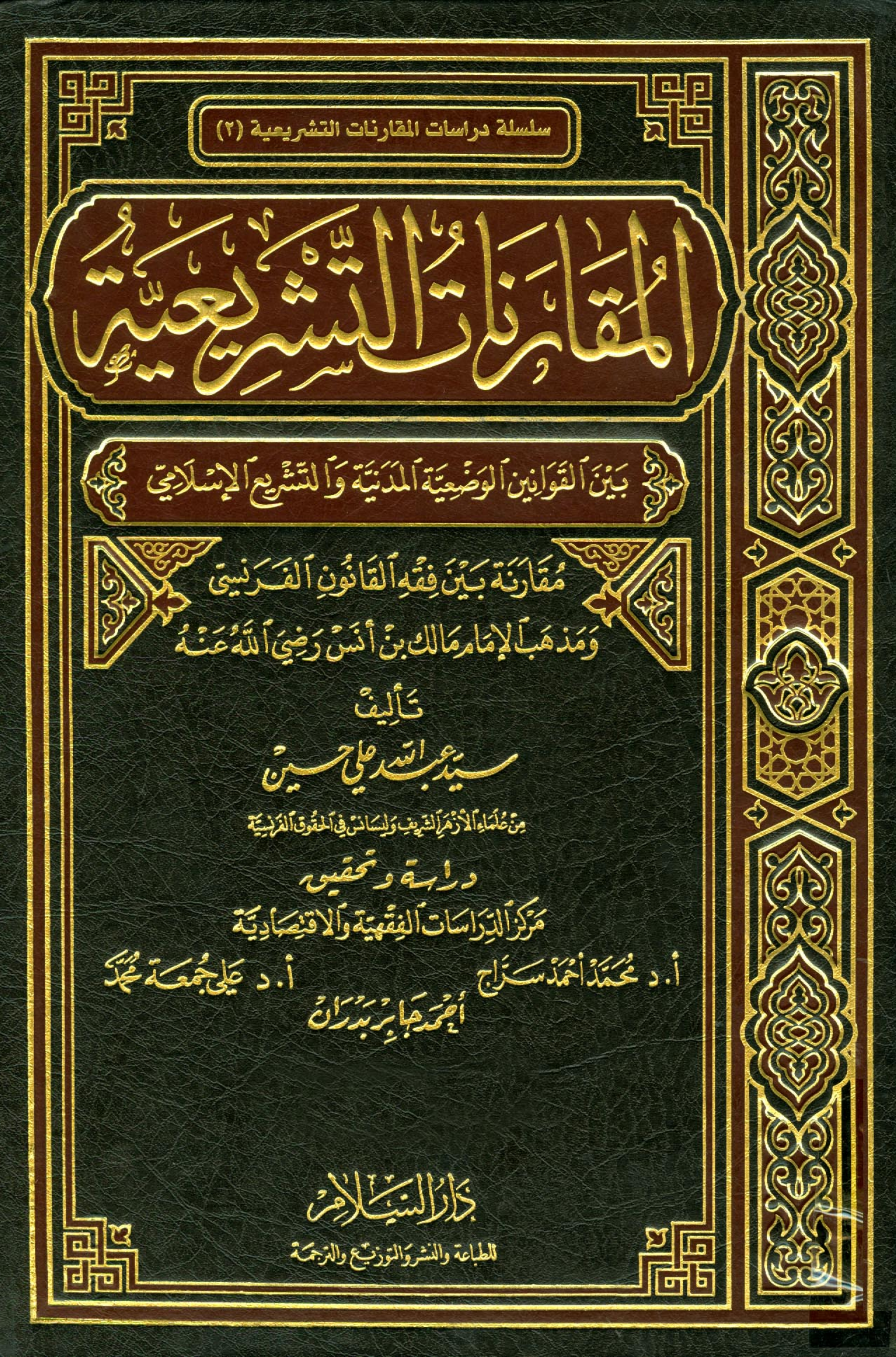


سلسلة دراسات المقارنات التشريعية (٢)
المقارنات التشريعية
بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي
مقارنة بين فقه القانون الفرنسي
ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه
تأليف
سيد عبد الله علي حسين
من علماء الأزهر الشريف وليسانس في الحقوق الفرنسية
دراسة وتحقيق
مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية
أ.د محمد أحمد سراج
أ.د علي جمعة محمد
أحمد جابر بدران
دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى
1421 هـ - 2001 م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

القاهرة – مصر 120 شارع الأزهر ص ب 161 الغورية
هاتف 5932820 - 2704280 - 2741578 (202) فاكس 2741750 (202)

بسم الله الرحمن الرحيم

تصدير

يسعد أسرة مركز الدراسات الفقهية المقارنة أن تقدم عملها الثاني في سلسلة دراساتها الفقهية المقارنة ، وهو كتاب المقارنات التشريعية للشيخ سيد عبد الله علي حسين الذي كان قد نشر عام 1947 ، دون أن يحظى بالتقدير الواجب في تداوله والتعليق عليه ، حتى احتجب . وها نحن نحاول استعادته لدائرة الضوء ، بالتعليق والتحديث والشرح ، تقديرًا منا للجهد الذي بذله المؤلف ، وتأكيدًا لفائدة النقاش الذي بدأه في المقارنة بين المفاهيم الفقهية الشرعية والقانونية .

أما العمل الأول الذي سبق في الصدور فهو نشر كتاب المقارنات التشريعية للشيخ مخلوف المنياوي الذي وازن فيه صاحبه بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي ، ولكن بمنهج مختلف عن منهج الشيخ سيد عبد الله علي حسين ، حسبما يأتي توضيحه في مقدمة هذا العمل . وقد وفق الله مركز الدراسات الفقهية المقارنة ودار السلام للنشر والتوزيع لنشر هذا الكتاب العام الماضي 1999م . ونأمل – أعضاء مركز الدراسات الفقهية – أن يوفقنا الله إلى نشر العمل الثالث في سلسلة الدراسات الفقهية المقارنة ، وهو لوزير العدل المصري ذائع الصيت ، قدري باشا . ويختلف عمله عن سابقيه في إجرائه الدراسة المقارنة بين القانون المدني الفرنسي والفقه الحنفي الذي برع في الإحاطة بجوانبه ، فيما يدل عليه كتابه : مرشد الحيران إلى أحوال بني الإنسان ، ولعل كتابه هذا أكثر الكتب الفقهية الحديثة تأثيرًا في الصياغات التشريعية العربية فيما تدل عليه القراءة السريعة للمذكرات التوضيحية للقانون المدني الأردني والعراقي والإماراتي .

والهدف من نشر هذه السلسلة هو عقد الصلة بين مفاهيم الفقه الإسلامي والتطبيقيات القانونية الحديثة ، مما قد ييسر التقاء المشتغلين بالدراسات الفقهية والقانونية على صعيد واحد ، للنظر في مشكلات مجتمعاتهم والوصول إلى الحل التشريعي الأمثل لهذه المشكلات ، في ضوءٍ من تطلع هذه المجتمعات للأخذ بأسباب التقدم والرقي ومحافظتها على ذاتها وتراثها وأعرافها التي تكونت في ظل

تطبيق أحكام الفقه الإسلامي أكثر من ثلاثة عشر قرنًا من الزمان . ومن جهة أخرى فلعل في نشر هذه السلسلة ما يعين على تتبع حركة الدراسات الفقهية المقارنة ومعرفة تطورها التاريخي ؛ ذلك أن الشيخ مخلوف المنياوي قد ألف كتابه الذي أشرت إليه قبل أن يبدأ لامبير عمله في الدعوة إلى الاهتمام بالدراسات القانونية المقارنة .

وقد أذكت هذه الأهداف الخطة التي سار عليها المركز في نشر هذه الأعمال ، وذلك بتوثيقها توثيقًا فقهيا بتحديد المراجع المشار إليها في هذه الأعمال بالجزء والصفحة ، مع لفت النظر إلى ما يقابل المفاهيم الفقهية في القوانين المدنية العربية المعاصرة ؛ وتهدف من الجمع بين التوثيق الفقهي والقانوني على هذا النحو من التركيز إلى وصل الحاصر بالماضي ، وربط التطبيقات القانونية بأسسها الفقهية ، مما قد يساعد على إنهاء حالة التصلب والجمود التي تعانيها الآن الدراسات الفقهية والقانونية على السواء .

وعلى الرغم من شمول المقارنة التي قمنا بها بين المفاهيم الفقهية والقانونية ، إلى الحد الذي لا يجد القارئ لهذا العمل الثاني مفهومًا قانونيًا حديثًا أو معاصرًا أفلت من المتابعة الفقهية أو غاب عنه ، فإننا لا ندَّعي أننا قد أحطنا إحاطة تامة بجانبي المقارنة ، ولكننا نأمل أن نكون قد وفقنا إلى التنبيه على فائدة هذه المقارنة ، وتأكيدها كذلك ، بالإصرار على نشر هذه الأعمال الثلاثة في سلسلة واحدة .

والله ولي التوفيق

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة التحقيق

القضية والأهداف :

1 - الشيخ سيد عبد الله علي حسين مؤلف هذا الكتاب الذي نقدمه عاشق للفقه الإسلامي ، برح به عشقه وأكبّه على التبحر فيه ، والانصراف إليه ، والتعمق في دراسته ، والتوفر على مقارنته بغيره لاكتشاف أدوات جديدة ووسائل غير مألوفة في البحث الفقهي . لقد أمدته روح العشق للفقه الإسلامي بهذه القدرة اللازمة لارتياد عالم المقارنة بين نظامين تشريعيين متباعدين في النشأة والتطور ومنهج النظر وأساليب الصناعة ، وهذه الروح ذاتها هي التي أقدرته على القيام بهذا العمل الضخم الذي احتاج لوقت وصبر وبحث واستقصاء مدة ثماني سنوات (من 1940/2/25 م إلى 1948/4/28) .

وقد تمثل هدفه في القيام بهذا العمل الضخم في تحقيق أمرين أساسين :

الأول : رفع الإصر عن علماء مصر ، ورفع تهمة التفريط عنهم ، وبيان أنهم ما رضوا بالتغيير القانوني الذي أحدثته إنجلترا عقب احتلالها للبلاد ، وذلك بإصدارها قوانين غربية الأصل ووضعها موضع التطبيق في مصر ، حتى آل الأمر إلى تطبيق التشريع الإسلامي في مجال الأحوال الشخصية وحدها بعد أن استمر تطبيق هذا التشريع في مصر وغيرها من البلاد الإسلامية في المجالات التشريعية المتنوعة مدة ثلاثة عشر قرنا من الزمان . لقد أراد الشيخ سيد عبد الله أن يبرهن على أن اتهام العلماء بالتفريط وعدم المعارضة لهذا التغيير القانوني اتهام ظالم ، فهم قد غلبوا على أمرهم ، طبقًا لتعبيره .

والآخر : العمل على الرجوع بالتشريع الإسلامي إلى مكانته السابقة من الاحتكام إليه والعمل به واستمداد التشريعات الواجبة التطبيق في مصر من أحكامه . وهو يعتبر عمله الذي نقدم له دعوة وبلاغًا « للمسلمين وحكامهم أن يرجعوا إلى دينهم القويم ويحكموا به ويتحاكموا إليه » [1] خاصة أنه قد فرغ من عمله هذا حين

---

(1) المقارنات التشريعية للشيخ سيد عبد الله علي حسين 332/4 .

كان البرلمان المصري ينظر القانون المدني الجديد الذي قدمه الفقيه المصري الذائع الصيت عبد الرزاق السنهوري . وقد أراد الشيخ سيد عبد الله من اللجنة القائمة على مشروع القانون المدني الجديد أن يتم مراجعة هذا المشروع على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، وبحث ما جاء فيه بالنظر إلى هذه الأحكام .

2 – لقد اتضح له هذان الهدفان ووعى بهما وسعى إلى تحقيقهما بطريق علمي يعتمد على الإقناع بالحجة والمنطق ، وكان سبيله في هذا هو إجراء هذه المقارنات التفصيلية بين الفقه المالكي والقانون المدني الفرنسي ، ودلته هذه المقارنة على مشروعية هدفه وصحة قصده وسلامة مطلبه . ومما يدل على وضوح هذين الهدفين في ذهنه ووعيه بهما الخطاب الذي أرسله إلى مشايخ المعاهد الدينية وكبار المسئولين في الأزهر يطلب منهم العمل على التدخل لدى السلطات المختلفة في مصر لضمان مراجعة مشروع القانون المدني الجديد على أحكام الشريعة الإسلامية بما يرفع عنهم تهمة التفريط في مسئولياتهم ، وبما يؤدي إلى الرجوع بالفقه الإسلامي لقاعات المحاكم ومنصات القضاء [1] .

3 – ولتقدير منهجه الذي اعتمده في العودة لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والذي ارتضاه ، وهو وجوب مراجعة أحكام مشروع القانون المدني الجديد على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية بحيث يقبل من أحكام هذا المشروع ما لا يعارض الأحكام الشرعية ويرد منه ما يتعارض ، فإنه تلزم الإشارة إلى أن منهجه هذا يتسم بأنه المنهج العملي الممكن والمقبول في الظروف المعاصرة . إنه لم يطالب بوجوب الرجوع إلى أحكام مذهب من المذاهب الفقهية وتقنين هذه الأحكام للعمل بها ، كما أنه لم يطالب باعتماد مجلة الأحكام العدلية [2] التي كانت ما تزال مطبقة في عدد من البلاد العربية المجاورة كالعراق وسوريا والأردن وفلسطين ، وإنما طالب بمجرد مراجعة أحكام المشروع لاستبعاد ما يتعارض من نصوصه مع أحكام الشريعة الإسلامية . ويتيح هذا المنهج بلا شك الإفادة مما لحق بالتفكير القانوني الإنساني

---

(1) أثبت الشيخ سيد عبد الله علي حسين هذا الخطاب في آخر كتابه .

(2) وضعت مجلة الأحكام العدلية في عهد الدولة العثمانية ، وصدرت من عام 1869 م حتى سنة 1876 م ، واستمدت أحكامها من المذهب الحنفي .

من تقدم ونضج ، كما أنه يراعي درجة التطور التي حققتها المجتمعات الإسلامية في العصر الحديث دون اضطرار إلى التضحية بذاتيتها والمبادئ الدينية والخلقية التي تسري في هذه المجتمعات مسرى الروح في الجسد .

4 - ويمكن القول دون أدنى مجازفة بأن هذا المنهج الذي اقترحه المؤلف هو المنهج الذي سارت عليه التشريعات التي صدرت في البلاد العربية والإسلامية في النصف الثاني من هذا القرن . من ذلك القانون المدني العراقي الصادر عام 1951 م والتقنين المدني الأردني الصادر عام 1976 ، والقانون التجاري الكويتي الصادر 1961 م وأعمال لجنة مراجعة التشريعات المدنية المصرية التي استغرقت خمس سنوات (من سنة 1962 حتى 1966) والقانون الكويتي الصادر عام 1980 ، وهو ما سار عليه كذلك مشروع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية الذي أشرف عليه د . صوفي أبو طالب رئيس مجلس الشعب المصري أثناء إعداد هذا المشروع عام 1981 ، والقانون المدني الإماراتي الصادر عام 1985 والمعدل بالقانون الصادر سنة 1987 .

وينبغي ألا يغيب عن البال دلالة قبول منهج الشيخ بمراجعة الأحكام القانونية على ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية لاستعادة المكانة التي كانت للفقه الإسلامي على رجاحة عقل الرجل ، وبعد نظره ، وإخلاصه للفقه الإسلامي وقضية تطبيقه ؛ إذ تبلور هذا المنهج فيما بعد ، وأصبح هو الأسلوب المعتمد لدى اللجان التي تعاقبت على إصدار القوانين المدنية في البلاد الغربية على النحو الذي سلفت الإشارة إليه .

5 - لقد خذله هؤلاء العلماء الذين كتب إليهم يستحثهم على السعي لدى الحكومة والبرلمان لمراجعة أحكام مشروع القانون المدني الجديد على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية قبل إصداره ، حيث كان المشروع أمام مجلس الشيوخ المصري للنظر فيه وإقراره . وهو يسجل هذا الخذلان ببيان أن هؤلاء العلماء لم يحركوا ساكنا حتى « مر القانون وأصبح واجب النفاذ في التحاكم » ، ومع ذلك فإنه يؤكد أن هذا الموقف منهم لم يدخل اليأس إلى قلبه ، « وسيأتي وقت العمل بما شرع اللّه إن عاجلًا أو آجلًا ، وهو يوم عيدي في الأرض إن كنت حيًا ، وعيدي في السماء إن كنت ميتًا ، وكفى باللّه شهيدًا » .

6 - لقد تفجرت هذه العواطف المشبوبة تجاه قضية تطبيق مبادئ الفقه

الإسلامي أثناء نظر مجلس الشيوخ المصري مشروع القانون المدني الجديد لعديد من العوامل التي يعبر عنها الشيخ سيد عبد اللّه نفسه ، في مقدمتها إيمانه بأن الرجوع إلى أحكام هذا الفقه للتحاكم إليه هو ما يمليه الدين ويفرضه التدين ، وهو لهذا يرى قدرًا كبيرًا من التناقض بين الأخذ بقوانين مستمدة من غير الشريعة الإسلامية وأداء الصلاة والصيام والاحتفال بالأعياد الإسلامية ، وهو مدفوع أيضًا بالنظر إلى مصلحة البلاد ؛ إذ يرى أن الأحكام الفقهية الإسلامية هي التي تتفق مع معتقدات الناس وأعرافهم التي تكونت هذه الأحكام على مر العصور في إطارها بخلاف هذا المشروع الذي يعارضه من الناحية النظرية لكونه « مأخوذا من ستة عشر تشريعًا وَضْعِيًّا من أمم مختلفة ، تتباين معنا في عرفنا وعاداتنا وديننا وقوميتنا »[1] .

7 – أهمية الدراسة المقارنة في تطوير الدراسات الفقهية : –

ينتمي كتاب المقارنات التشريعية للشيخ سيد عبد اللّه حسين الذي نقدم له إلى هذا النوع من الدراسات الفقهية المقارنة بالقوانين الوضعية ، وذلك بتوخيه بيان أوجه الاختلاف والاتفاق بين الفقه المالكي والقانون المدني الفرنسي ، ويكتسب هذا النوع من الدراسة أهمية خاصة بين الدراسات الفقهية والقانونية على الرغم من جدته وحداثة ظهوره . ولعل هذه الأهمية تتضح بالنظر في الجوانب الآتية :

أ – تيسر المقارنة بين نظامين تشريعيين التعرف على طبيعة كل من النظامين ومصادرهما والعوامل الاجتماعية والاقتصادية التي أسهمت في تكوينهما ، ذلك أن تشابه هذه الظروف في النظامين المقارن بينهما مما يغري بنسبة القواعد التشريعية المتشابهة بينهما إلى هذه الظروف ، أما عند اختلاف القواعد التشريعية مع تشابه هذه الظروف فيلزم البحث عن عوامل أخلاقية أو اعتقادية أو فنية أو قانونية أنتجت هذا الاختلاف . ولعل هذا الهدف العلمي النظري يكون أهم أهداف الدراسات المقارنة ؛ ذلك أن التعرف على طبيعة النظم التشريعية والعوامل المؤثرة في تطورها من شأنه أن يسهم في التعرف على القواعد العامة التي تحكم تطور هذه النظم ، مما يساعد في تفسير بعض الاختيارات التشريعية في نظام تشريعي أو فقهي معين . وعلى سبيل المثال فإن مذهب الأحناف في عدم اعتبار المنافع أموالًا أمر يتناسب مع

(1) المقارنات التشريعية للشيخ سيد عبد اللّه علي حسين 325/4 .

التطور الاجتماعي والاقتصادي الذي لا تكتسب فيه المنفعة أو الخدمة أهمية اقتصادية . ويمكن فهم هذه الاستثناءات التي انتهى إليها متأخرو الأحناف في اعتبار بعض المنافع من الأموال (منفعة الصبي – منفعة ماله – منفعة الوقف – منفعة الأموال المعدة للاستغلال) على أساس من التعرف على طبيعة التطور الاجتماعي ، واتجاه هذا التطور إلى إقرار قيمة مالية للمنافع والخدمات . وكذلك فإن إطلاق الحرية الاقتصادية في القرن التاسع عشر ناسب الأخذ في القوانين السائدة آنذاك بإطلاق يد المالك في ملكه ومنع مسئوليته عما قد يترتب على استعماله لحقوق ملكيته من إضرار بالغير . ويمكن تفسير مذهب أبي حنيفة وابن حزم في إطلاق يد المالك في ملكه بالنظر إلى هذا التوجه نفسه بخلاف مذهب جمهور الفقهاء الذي فطن إلى ما قد يترتب من أضرار اجتماعية على إطلاق يد المالك .

ب – ومن جهة أخرى فإن بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين النظم القانونية والتشريعية من شأنه أن يلقي الضوء على العلاقات التاريخية بين الشعوب مما يؤكد التواصل بينهما ، ويشجع على التقارب والالتقاء بين الأجناس والشعوب ، ويساعد على التعرف على ما عند الآخر وفهمه . ولا شك في أن الاعتراف العالمي بمكانة الشريعة الإسلامية بين النظم القانونية العالمية إنما يرجع إلى اتباع منهج الدراسة المقارنة التي أدت إلى التعرف على مبادىء هذه الشريعة وتأثيرها في التفكير القانوني الغربي .

يقول سانتيلانا (DE SANTILLNA) : من الأمور الإيجابية التي اكتسبناها من التشريع العربي – يقصد الإسلامي – هذه الأنظمة القانونية العديدة من مثل الشركات المحدودة المسئولية (القراض) ، وهذه الأساليب المتصلة بالقانون التجاري ، وحتى لو نحينا هذا كله جانبًا فمما لا شك فيه أن المعايير الخلقية الراقية لجوانب معينة من هذا التشريع قد ساعدت على إحداث التطوير المناسب لكثير من مفاهيمنا الحديثة . وفي هذا تكمن العظمة الدائمة لهذا التشريع .

وينادي المستشار ROBERT H. JACKSON قاضي المحكمة العظمى SUPREME COURT في الولايات المتحدة بضرورة أن يتجه طلاب الدراسات القانونية في الغرب إلى بذل جهد أوفر في الاهتمام بالتشريع الإسلامي نظرا لتزايد العلاقات التجارية والسياسية القائمة بين البلاد الإسلامية والبلاد الغربية . وقد انتهت

محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر في 1958/8/23 م إلى الإشادة بأحكام الشريعة الإسلامية والإشارة إلى أنها أحد الأنظمة القانونية الراقية في العالم الحديث . ومن قبل ذلك انتهى مؤتمر الفقه الإسلامي الذي انعقد بكلية الحقوق جامعة باريس عام 1951 م إلى أن مبادئ الفقه الإسلامي لها قيمة تشريعية لا يمارى فيها ، وأن اختلاف المذاهب الفقهية في هذا النظام القانوني العظيم ينطوي على ثروة من المفاهيم الفقهية ، وصناعة هي مناط الإعجاب ، يتيحان لهذا التشريع الاستجابة لمطالب الحياة الحديثة والتلاؤم مع حاجتها .

ويشير مشيل دي توب إلى تأثير هذه الروح الإنسانية والخلقية التي جاء بها الإسلام وتجسدت في فلسفته الفقهية وفضلها على أوربا في العصر الوسيط ، حيث يذكِّر بما كانت تعانيه البشرية من بؤس وتعاسة ، وتأثير القواعد التشريعية الإسلامية الرامية إلى تخفيف وطأة الحروب على غير المقاتلين في التخفيف من هذه المعاناة . وإذ يرجع الفضل في تقدير التشريع الإسلامي على المستوى العالمي إلى الدراسة المقارنة ؛ فإنه لا صحة للنظر إلى المقارنة بين الشريعة والقانون على أنها تقلل من شأن مصدر الشريعة الإلهية ، وتنزل بها إلى المستوى البشري الإنساني .

والواقع فيما يقول الدكتور جمال عطية في بحثه عن التجديد الفقهي المنشود أن الدراسة المقارنة تجلي من مزايا الشريعة ومن ثراء الفقه ما يجعلهما محل تقدير واحترام الجهات العلمية العالمية . ويقف مؤلف المقارنات التشريعية في صف هؤلاء الذين سبقت الإشارة إلى أقوالهم بأن الفقه الإسلامي قد أسهم في ترقية الفكر القانوني الغربي .

ج – ومن جهة أخرى فإن للدراسة المقارنة آثارًا عملية عديدة ، من بينهما تيسير التقنين المنهجي لأحكام الفقه الإسلامي لما يفيده إثبات أوجه الاتفاق من التعرف على المصالح في السياقات الاجتماعية الحديثة . وكذلك فإن للدراسة المقارنة أهميتها في تطبيق أحكام الفقه الإسلامي في البلاد الإسلامية العديدة – ومن بينها مصر – التي تضمنت دساتيرها النص على اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع ؛ ذلك أن إثبات مخالفة نص قانوني لمبادئ الشريعة الإسلامية على النحو الذي تفيده الدراسة المقارنة يستوجب الحكم بعدم مشروعية هذا النص القانوني والعمل على تغييره وإحلال غيره مما لا يكون مخالفًا لهذه المبادئ محله .

وبهذا فإن إثبات جوانب الاختلاف بين النظام الفقهي والقانوني مما يساعد على تطبيق النصوص الدستورية القاضية بأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع . وهكذا فإن للدراسة المقارنة أهميتها التي لا تنكر على الصعيد النظري والعملي على السواء .

8 - وهو يرى كذلك قدرًا غير قليل من التعارض بين مبادئ الشريعة وبعض المواد التي تضمنها المشروع المدني المصري كمادته الثانية التي يشير إليها على وجه الخصوص في رسالته إلى علماء الأزهر وأهل المسئولية فيه ، ذلك أن هذه المادة قد أوجبت رجوع القاضي عند عدم وجود نص تشريعي إلى قواعد العرف أولًا ثم إلى قواعد الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة من نصوص القانون المدني دون تقيد بمذهب معين . وهو ينعى على واضعي هذا القانون إهدار التشريع الإسلامي بوضعه بهذا الترتيب بعد نصوص القانون والعرف .

ومن جهة أخرى فإنه يرى سمو الفقه الإسلامي ورقيه وملائمته لضبط العلاقات الإنسانية في المجتمعات الإسلامية ؛ ذلك أنه يذكر في خطابه للملك فاروق أن ما تركه متشرعو الإسلام من قواعد الحكم وأصول التشريع « يعد فخرًا مدى الدهر » ، بل هو يرى أن التشريعات الغربية مردها إلى الفقه الإسلامي واجتهادات هؤلاء المتشرعة ، وهو يؤكد أن هذا القول وليد دراسة متأنية عميقة ؛ فقد درس التشريع الإسلامي في الأزهر حتى أصبح من علمائه ، كما درس القوانين الوضعية بجامعات أوربا ، حتى اطمأن إلى هذه النتيجة ووجد دَيْنًا في عنقه بحسب تعبيره « أن يبين للناس كافة وللمسلمين خاصة مأخذ التشريع الوضعي من التشريع الإسلامي » .

هذه قضية الرجل ، وهذه هي أهدافه التي سعى إلى تحقيقها ، فمن هو ؟

تعريف بالمؤلف :

9 - اسمه سيد عبد اللّه علي حسين ، ولد بقرية تدعى تيدا مركز كفر الشيخ في الخامس من مارس 1889 م ، 1309 هـ ، وحفظ القرآن الكريم بهذه القرية ، ثم أرسله والده لطلب العلم في المعهد الديني بدسوق عندما كان في الثانية عشرة من عمره ، وبقي بدسوق عامًا واحدًا انتقل بعده إلى الأزهر عام 1322 هـ / 1902 ، واستمر في دراسته خمسة عشر عامًا دون انقطاع حتى حصل على شهادة العالمية

عام 1337 هـ - 1917 م .

وقد بدأ حياته العملية عقب تخرجه مباشرة فاشتغل محاميًا شرعيًا في طنطا وكفر الشيخ حتى سفره عام 1921 إلى ليون بفرنسا ، حيث درس الحقوق الفرنسية والقانون مدة أربع سنوات حصل بعدها على الليسانس في القانون ، وذلك في عام 1925 م .

ويلفت النظر اهتمام الحكومة المصرية بإرسال هذا الشيخ الأزهري الذي كان يشتغل بالمحاماة في عاصمة إقليمية لدراسة الحقوق في فرنسا ، مما قد يثير التساؤل حول أهداف الحكومة من ذلك ، واستعداد الشيخ لتحقيق هذا الهدف ومهارته اللغوية وما إلى ذلك من أمور ، ولعل الشيخ كان هو أول أزهري متخرج في كلية الشريعة يتقرر إرساله للحصول على مثل هذه الشهادة في الحقوق الفرنسية ، وللأسف فإن هذه التجربة لم تتكرر بعد ذلك كثيرًا ، وقد عاد الشيخ إلى مصر عقب حصوله على الليسانس حيث استأنف عمله محاميًا شرعيًا اثنتي عشرة سنة متواصلة فيما بين عامي 1925 م ، 1937 م . غير أنه دخل بعد ذلك وهو في العام الثامن والأربعين من عمره إلى الخدمة الحكومية ، فعين في إدارة المطبوعات بوزارة الداخلية مراقبًا بفرع الجرائد الشرقية الذي أطلق عليه فيما بعد « قسم الصحافة الشرقية العربية » .

10 - ويبدو أن عمله الوظيفي وإقامته بالقاهرة قد وفرا له الجهد والوقت اللذين أنفقهما في الكتابة والتأليف والبحث العلمي ، حيث بدأ مشروعه الكبير : « المقارنات التشريعية » بعد ثلاث سنوات من تعيينه بوزارة الداخلية ، وذلك في 1940/2/25 م ، واستمر في هذا العمل قريبًا من ثماني سنوات على ما سلفت الإشارة إليه ، وصدرت الطبعة الأولى والوحيدة لهذا الكتاب عام 1366 هـ 1947 م ، وتعهدت بذلك دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه . وقد نعم الشيخ سيد عبد الله علي حسين بتقدير هيئات علمية عديدة إثر ظهور كتاب « المقارنات التشريعية » ؛ فانتدبته حكومة العراق أستاذا للشريعة الإسلامية في كلية الشريعة ببغداد حتى سنة 1952 حيث عاد إلى عمله بوزارة الدخلية إلى أن أحيل للتقاعد عام 1954 ، وعمره آنذاك خمسة وستون عامًا .

وقد عاد إلى الاشتغال بالمحاماة بعد ذلك ثلاث سنوات أخرى حتى عام 1957 حيث انتدبته وزارة الأوقاف المصرية مندوبًا دينيًا إلى المسلمين في الأرجنتين مدة ثلاث

سنوات أخرى حتى عام 1960 عاد بعدها إلى الاشتغال بالمحاماة حتى توفي .

مؤلفاته :

11 – ألف الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين عددًا من المؤلفات في الفقه ، لعل من أهمها ما يلي :

أ – « الأجوبة التيدية في مذهب السادة المالكية في التوحيد والفقه » ، وهو يتناول فيه عددًا من مسائل العبادات ، والمعاملات ، والأقضية ، والشهادات ، والدية ، والميراث ، والطلاق ، والعدة . فرغ من تأليفه في الثالث والعشرين من ذي القعدة عام 1330 هـ ، وتمت طباعته الطبعة الأولى عام 1332 هـ ، وتوالت طباعته بعد ذلك ، وبين أيدينا الطبعة التاسعة بنشر المكتبة المحمودية التجارية (دون تاريخ) ، وقد أثنى على هذا الكتاب عدد من علماء الأزهر المشتغلين بدراسة الفقه وتدريسه مما هو ملحق بالطبعة التاسعة المشار إليها ، وقد صاغ كتابه هذا على هيئة سؤال وإجابته ، مما ضمن له هذه الحيوية والجدة ويسر المتابعة .

ب – « الأجوبة الفقهية في مذهب السادة الشافعية » انتهى الشيخ من تأليف هذه الكتاب في 22 من ربيع في سنة 1385 هـ الموافق 19 من أغسطس سنة 1965 م ، ونشرته المكتبة المحمودية التجارية بالقاهرة ، ويقع في قريبا من ثلاثمائة صحيفة ، ويتناول موضوعات متعددة كالطهارة ، والصلاة ، والزكاة ، والصوم ، والحج ، والصيد ، والذبائح ، والنكاح ، والطلاق ، والنفقة ، والحضانة ، والديون ، والرهن ، والتفليس ، والحجر ، والصلح ، والحقوق المشتركة ، والحوالة ، والضمان ، والشركة ، والوكالة ، والإقرار ، والعارية ، والوديعة ، والغصب ، والشفعة ، والقسمة ، والمضاربة ، وسائر المعاملات والجنايات ، وأحكام الجهاد والقضاء ، وأحكام العبيد والميراث . ويتناول المؤلف أحكام هذه الموضوعات من وجهة المذهب الشافعي طبقًا لما يدل عليه عنوان الكتاب .

ج – « الوافي لأحكام الميراث شرح قانون الميراث والمذكرة التفصيلية » نشر المكتبة المحمودية التجارية عام 1980 ، ويقع هذه الكتاب في 128 صحيفة ، تناول فيها الموضوعات التي تناولها قانون الميراث المصري الصادر عام 1943 م .

د – « الجن ، العالم الثاني » نشر المكتبة المحمودية التجارية (بدون تاريخ)

ويتناول فيه وجود الجن ، وحياته ، ومعاشه ، وتناسلهم ، وعلاقته بالإنسان ، وموتهم ، وذلك بالرجوع إلى نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية .

هـ - « الجن في ذكر جميع أحوال الجن » نشر دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه ويتناول فيه أحكام الجن بالرجوع إلى نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية .

ولعل الشيخ قد كتب هذه المؤلفات قبل أن يتمكن يراعه من تدبيج هذه الموسوعة التي احتشد لها بعد تردد وتخوف نابعين من ضخامة العبء وكبر المسئولية التي يلقاها العامل في مجال المقارنات التشريعية . وقد ظهر كتابه هذا الذي نقدم له في أربعة أجزاء ، صدر أول جزء منها عام 1947 م ، وذلك في ظروف بالغة الدقة ، حيث كانت مصر تتطلع لنيل استقلالها السياسي والتشريعي بطرد إنجلترا وتغيير القوانين التي فرضتها ، وقاد عبد الرازق السنهوري الجهود الرامية إلى تغيير القانون المدني القديم الذي عاب عليه ضعف صياغته وتنكره للتقاليد والأعراف الاجتماعية السائدة . وعلى الرغم من ترحيب الشيخ سيد عبد اللّه بهذا التغيير الذي قاده السنهوري فقد وقع الصدام بين الرجلين لاختلاف منهج كل منهما عن الآخر؛ إذ أصر الشيخ على وجوب مراجعة الأحكام التي تضمنها مشروع القانون المدني الجديد على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها ، ووجه خطابا شديد اللّهجة إلى عبد الرازق السنهوري يكيل له الاتهامات ، ويناوئ مسعاه في استبدال قانون مدني بنظيره في الخروج على الأحكام الشرعية وعدم الاعتراف بها . وسنأتي إلى توضيح موقفه من منهج الدكتور عبد الرزاق السنهوري بعد قليل .

12 - ومن الواضح أن كتاب « المقارنات التشريعية » هو أهم كتب الشيخ . وليس هذا فحسب ، فمن الواجب الاعتراف بأن هذا الكتاب واحد من أهم الكتب التي ألفت في الفقه الإسلامي في العصر الحديث . ويكتسب هذه الأهمية فيما عساه لا يخفى من قصد مؤلفه إلى رد الاعتبار للفقه الإسلامي في ظروف إقصائه عن التطبيق ، وتراكم الاتهامات الملفقة ضده بالنعي عليه بالجمود ، والتخلف ، والانحطاط ، وعدم مواكبته للتطور والتقدم . وقد وقع الكثيرون أسرى تصديق هذه الاتهامات من طول ترديدها بنشاط وهمة ، وإذا بالشيخ يخرج بمؤلفه هذا لا ليؤكد

مجرد التشابه بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي في تسعة أعشار نصوصهما فحسب ، وإنما ليبرهن على تأثر مفاهيم القانون الفرنسي في هذه النسبة بمبادئ الفقه المالكي . ومن جهة أخرى فإنه يثبت هذا التشابه والتأثير بأسلوب علمي دقيق ، وذلك عن طريق الإشارة إلى المبادئ القانونية الفرنسية المتعلقة بأحد الموضوعات أو البنود ، ثم يذكر ما يقابلها من المذهب المالكي موثقا ما يذكر من القانون أو الفقه توثيقًا أكده بإثبات مصادره ، وأشهد عليه غيره من المتخصصين في الفقه المالكي . وهو يثبت شهادة الشيخ محمد أبو النور زهير المتخصص في الفقه المالكي وأصوله التي جاء فيها أن الشيخ محمد أبو النور زهير قد راجع النصوص المنسوبة في كتاب المقارنات التشريعية للمذهب المالكي ، ووجدها منقولة نقلًا أمينا دقيقًا .

13 - ولا يقف الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين في كتابه المقارنات التشريعية عند حدود نقل نصوص المذهب المالكي ، وإنما ألجأته المقارنة في أحوال كثيرة إلى التخريج على أقوال الفقهاء والغوص على علل الأحكام لاستنباط المبادئ الفقهية المقابلة للمبادئ القانونية .

ولهذا كله استقبل كبار العلماء كتاب المقارنات بالبشر والغبطة والسرور ، فاعتبره الشيخ محمد أبو النور زهير وضعا للحق في نصابه وإظهارا لمكانة التشريع الإسلامي ، ورآه الشيخ أحمد الباقوري تأييدًا لمطالب المصلحين الغيورين على مصالح بلدهم من المطالبين بالاستقلال التشريعي الذين كانوا يصدرون في مطلبهم هذا عن العواطف والرغبات الصادقة لا عن حقائق علمية ، فجاء كتاب المقارنات التشريعية ليقدم الأساس العلمي لهذه المطالب . ويلاحظ الشيخ أحمد فهمي أبو سنة أن كتاب « المقارنات التشريعية » عمل عظيم وجهد كبير ، له آثاره الجُلى في أوساطنا الفقهية والقانونية ، عمل لا يمكن أن تقوم به إلا شخصية جمعت بين الحظين ، واستكملت الثقافتين : الثقافة الأزهرية الفقهية والثقافة الأجنبية القانونية ، ممن يقل نظائرهم بيننا في هذه الأيام .

وينبه أبو الوفا المراغي إلى أمر له أهميته في تقدير ريادة هذا الكتاب ، وهو أنه قد سُبِق بمحاولات عديدة في المقارنة بين الفقه الإسلامي وغيره من القوانين الغربية ، ولكن في موضوعات محددة كالبيع أو الرهن ، أما هذا الكتاب فقد تناول بالمقارنة موضوعات القانون المدني الفرنسي بكاملها .

ولا يرى محمد فريد وجدي في المقارنات التشريعية مجرد مجهود نظري يتعلق بالإصلاح التشريعي وحده ، وإنما يرى فيه إسهاما عمليًا في تمهيد الطريق لإعادة مجد الأمة الإسلامية وحفظ كيانها من العلل .

ويعتقد أحد المحامين بطنطا – وهو الأستاذ أحمد المرقي – أن المؤلف قد قام بجهد الجبابرة في التنقيب والبحث . ويلفت هذا المحامي الذي زامل المؤلف وعرفه عن قرب النظر إلى دأب المؤلف وتدقيقه في الأمور اليسيرة حتى أطلق عليه زملاؤه « صائد اللؤلؤ » .

14 – وتكفي هذه الإشارات للدلالة على الحفاوة التي لقيها كتاب المقارنات التشريعية عند ظهوره . ومع ذلك فإن التجاهل الذي صادفه هذا الكتاب بعد ظهوره بفترة يسيرة أمر عسير على الفهم . لقد طبع طبعة وحيدة منذ أكثر من خمسين عامًا ، ولا تظفر بإشارات الباحثين في الفقه الإسلامي إليه ، كما لا تشير إليه الدراسات القانونية إلا قليلًا ، فهل يكون المرء على حق إذا انتهى إلى الإحساس من هذا الصمت بسوء حظ الكتاب ومؤلفه ، أو إلى استشعار خيوط نسج المؤامرة تجاههما ، أو تجاه ما يمثلانه من علم تشريعي أو منهج لم يرض أيا من التقليديين أو المجددين ؟

ولهذا فإننا نأمل أن تؤدي هذه النشرة المحققة للكتاب إلى الوفاء ببعض ما وجب له ولصاحبه من تقدير واحتفاء بعد طول تنكر وتجاهل .

منهج المؤلف ومنطلقاته :

15 – اتبع المؤلف نظام ترتيب الفقه الفرنسي في تتابع الموضوعات وتسلسلها وجعله أصلًا في المقارنة بالفقه الإسلامي ، بحيث يبدأ بالقانون الفرنسي تحت عنوان يكشف عن موضوعه ويحدده لينتقل بعد ذلك في أحوال كثيرة إلى القانون الروماني ثم إلى التشريع الإسلامي ، ليعقب على ما ذكره بتحديد أوجه الاتفاق والاختلاف .

مثال ذلك أنه يذكر في البند 39 تحت عنوان (الشخص المعنوي) تعريف هذا الشخص في القانون الفرنسي ، ثم يذكر في البند 40 مفهوم الشخصية المعنوية في القانون الروماني ، وينتقل في البند 41 إلى مفهوم الشخصية المعنوية في التشريع الإسلامي ، ويتناول في البند 42 أنواع الشخصية المعنوية في القانون الفرنسي ، كما يتناول هذه الأنواع في التشريع الإسلامي في البند 43 ، ويتناول في البندين 44 ، 45 تحت عنوان : أهلية الشخص المعنوي ما يتعلق بذلك في القانون الفرنسي وفي

التشريع الإسلامي ، كما يتناول تحت عنوان نهاية الشخص المعنوي كلًّا من موقفي القانون الفرنسي (البند 46) والفقه الإسلامي (البند 47) ليخلص من هذا كله إلى إجمال ما يتفق فيه التشريعان وما قد يختلفان فيه . ويفيد هذا المنهج في تنظيم المقارنة وترتيبها وتيسير الإطلاع على نتائجها لاعتياد المتخصصين على الترتيب القانوني . من جهة أخرى فإن هذا المنهج يستلزم تناول الموضوعات القانونية والمسائل التشريعية جميعها مع بحث أحكامها من وجهة الفقه الإسلامي ، مما قد يستدعي الاعتماد على التخريج والاستنباط والاجتهاد ، وهذا ما بدا في المثال السابق ، حيث رأينا المؤلف وهو يستطرد من تناول موضوع الشخص المعنوي في القانون الفرنسي إلى بحث حالته في الفقه الإسلامي . ولما لم يكن الفقهاء قد تعرضوا للشخص المعنوي في منصوص كلامهم فإن المؤلف اضطر إلى التخريج والاجتهاد . وهو يتلمس رأي الفقهاء فيه في التخريج على ما رأوه بشأن بيت المال .

ويجب الالتفات إلى حقيقة موقف الشيخ في مقارناته من القانون الفرنسي وأنه لا يرفض منه إلا ما يراه معارضًا لأصول الشريعة الإسلامية أما ما لا يتعارض منه مع هذه الأصول فهو متحمس لقبوله . وسنجده يكرر كثيرًا عند الحديث عن النظم الإدارية والإجراءات التي حددها القانون أنها دقيقة التنظيم ويلزم الإفادة منها . (راجع ص 105 فيما يلي) .

16 - ويهدف الشيخ من هذه المقارنة إلى إدراك ثراء الفقه الإسلامي واشتماله على مبادئ صالحة لضبط الحياة الاجتماعية وتنظيمها ، قد تتفق أو تختلف مع غيرها من النظم القانونية ، لكن ادعاء صمت الفقه الإسلامي وسكوته عن المبادئ اللازمة لضبط الحياة الاجتماعية المعاصرة ادعاء لا يصح ولا يستند إلى واقع . وهو لا يبرهن على هذا الذي رآه من شمول مبادئ الفقه الإسلامي وقدرته على تنظيم الحياة المعاصرة بمثال واحد ، وإنما تشمل أمثلته مبادئ القانون المدني الفرنسي بكامله .

17 - ويتميز منهج الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين في مقارناته عن منهج الشيخ مخلوف المنياوي في مقارناته بإثبات الأول نقاط الاتفاق وعناصر الاختلاف معا بما يوضح جوانب الصورة بوجهيها ، على حين يكتفي الشيخ مخلوف بإثبات عناصر الاتفاق وحدها .

ومع ذلك فإن الشيخين يشتركان في الاعتماد في المقارنة على المذهب المالكي

وحده ، كما أنهما يشتركان كذلك في الاكتفاء برصد الاتفاق (وحده في حالة الشيخ مخلوف المنياوي) والاختلاف دون تحليل لذلك باستدعاء الظروف الاجتماعية والسياسية ، أو تقدير مدى الكفاءة والملاءمة لضبط العلاقات الاجتماعية وتنظيمها .

18 – ومن الواجب مع ذلك الالتفات إلى اشتمال منهجه على ذكر جوانب الاختلاف بين النظامين القانونيين اللذين يقارن بينهما ، مما هو جدير بأن يوضح حقيقة العلاقة بينهما ، بخلاف هؤلاء اللذين يستندون إلى منهج الأشباه والنظائر لإثبات تأثير أحد النظامين في الآخر . إنه يؤكد على اكتشاف « الفروق » بين النظامين الموضوعين للمقارنة ، وهو في هذا يتميز عن الشيخ مخلوف المنياوي في مقارناته .

19 – ويهدف الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين إلى تأكيد « الأشباه والنظائر » لإثبات تأثير الفقه الإسلامي في النظام القانوني الفرنسي ، وهو لهذا لا يتردد في رجع العديد من مبادئ القانون الفرنسي إلى تأثره بالفقه الإسلامي .

من ذلك بداره إلى تقرير أن قاعدة تحريم المملوك على غير مالكه حتى لا يتصرف فيه بغير إذن من المالك « ليست وليدة الثورة الفرنسية كما يزعمون ، وإنما هي وليدة التشريع الإسلامي الذي عاش في أسبانيا وفرنسا سبعمائة سنة ، وقرر حقوق الإنسان منذ وجوده » .

ويلزم تقدير هدف المؤلف في المبَادرة إلى التنويه بتأثير الفقه الإسلامي في القانون الفرنسي بمراعاة الظروف الثقافية والاجتماعية السائدة عند تأليف كتاب المقارنات التشريعية . لقد شُكلتْ اللجنة المسئولة عن إعداد مشروع القانون المدني المصري الجديد قبل أن يبدأ المؤلف عمله ، وتطلع الكثيرون بعد أن بدت بشائر الاستقلال السياسي إلى تحقيق الاستقلال التشريعي والقانوني بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي ، وظهر الاختلاف لدى النخبة آنذاك في منهج تحقيق الاستقلال القانوني . ولا يصعب تصور مواقع وجهات النظر المختلفة ؛ فقد فهم البعض – ومنهم المؤلف – أن هذا الاستقلال لا يمكن أن يتحقق إلا بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي الذي يمكن التخير من أراء فقهائه ما يناسب تحقيق المصالح الاجتماعية . وهو يجأر بهذا الرأي ، ويتلمس الأنصار والمؤيدين له بإرسال الخطابات الشارحة لوجهة نظره ، سواء لملك مصر آنذاك ، أو لشيخ الأزهر ، أو لرؤساء المعاهد الدينية . وحجة أصحاب هذا

الموقف فيما عبر عنه المؤلف أن الحكم قبل الاحتلال الإنجليزي كان للتشريع الإسلامي ، وأن انجلترا هي التي فرضت القوانين الغربية الأصل في مصر عشية احتلالها لها ، ويجب أن يزول « الاحتلال التشريعي » مع زوال الاحتلال المادي . ويتخوف أنصار هذا الاتجاه من رجال القانون الوضعي ، ويتصورونهم لا يعرفون عن التشريع الإسلامي شيئًا ، وأنهم يرونه تشريعًا لا يصلح للزمان ولا للمكان ، وهي نتيجة حتمية لعكوفهم على الدراسة القانونية وعدم اشتغالهم بدراسة الفقه الإسلامي ، ولهذا يتطلع المؤلف من تقديم دراسته على هذا النحو إلى تعريف هؤلاء الرجال بمبادئ الفقه الإسلامي الراقية الصالحة للزمان والمكان .

أما الفرقة الثانية فكانت ترى تحقيق الاستقلال التشريعي والقانوني بإقامة نظام تشريعي لُحمته وسداه المبادئ القانونية الغربية ، بحجة أن الفقه الإسلامي لم يعد يصلح للتطبيق في العصر الحديث مع تطلع البلاد إلى التحديث والنهضة .

ويهاجم المؤلف أنصار هذا الرأي ، ويعتبره نتيجة جهلهم بالفقه الإسلامي ومبادئه الراقية ، ويضع كتابه « المقارنات التشريعية » ، الذي أثبت فيه بالأدلة تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه الإسلامي تحت أيديهم ؛ حتى ينتبهوا إلى خطأ ما يدعون . ولا يتوقف المؤلف كثيرًا أمام أصحاب هذا الرأي ، مما يدل على أنهم لم يكونوا جهيري الصوت بما يقولون ، ولكنه يتوقف طويلًا أمام جبهة ثالثة كانت أقدر على عرض رأيها من الناحية الفنية ، وأمهر في مخاطبة الرأي العام ، وهي الجبهة التي عبر عنها الدكتور عبد الرازق السنهوري ، ولهذا يهاجمه المؤلف ، دون أن يسميه ، هجومًا لا هوادة فيه ، قصدًا إلى إبطال موقفه والقضاء على جاذبيته المنطقية .

19 - المؤلف وعبد الرزاق السنهوري :

قاد عبد الرزاق السنهوري الجهود الرامية إلى إصلاح القانون المدني المصري الصادر عام 1883 ، وتألفت لهذا لجنة بقرار من مجلس الوزراء عام 1936 م ، وأُسندت رئاسة هذه اللجنة إلى الدكتور عبد الرزاق السنهوري في 1936/6/28 ، وقدمت مشروعها بعد ذلك التاريخ بأربع سنوات ، ثم عرضته على الرأي العام وأعادت تنقيحه ، وصدر القانون بعد جهود كبيرة على أن يبدأ العمل به 1949/10/15 . وعلى الرغم من أن مشروع هذا القانون قد اشتمل على كثير من النظريات العامة والأحكام التفصيلية

للفقه الإسلامي ، وجاء النص في مادته الأولى على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرًا رسميًا احتياطيًا يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد نصًا قانونيًا ولا عرفا يمكنه الرجوع إليه ، فإن المؤلف الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين بدا غير مقتنع بهذه الخطوة المحدودة في الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي ، واعتبر هذا الرجوع الجزئي لهذه المبادئ أمرًا غريبًا يتناقض مع العقيدة الإسلامية ، ولا يحقق الطموحات القومية في الاستقلال القانوني ، ولا يتفق مع ما حققه الفقه الإسلامي في تاريخه الطويل .

20 - ويلفت النظر أن المؤلف قد بدأ تأليف مقارناته التشريعية عام 1940 م ، وهو العام الذي انتهت فيه اللجنة المشار إليها من وضع مشروعها ، وبدأت عرضه على الجمهور والمتخصصين ، ولعل عدم رضاه عن عمل هذه اللجنة هو الذي حفزه على تأليف كتابه الذي نقدم له .

ومن أهم ما نقمه على المشروع وواضعيه تأخيرهم للشريعة الإسلامية في المصادر التي يلجأ إليها القاضي عند عدم وجود نص قانوني إلى ما بعد العرف ، ويبلغ هذا في نظر الشيخ سيد عبد اللّه أن يكون دعوة إلى هجر التشريع الإسلامي ؛ ولهذا يقول بأنه كان « الواجب أن يقول الأستاذ بلغة العرب الفصيحة : إنني أدعو العرب لهجر التشريع الإسلامي في بلاد الإسلام حتى تعود إليه الحياة ويعود خصبًا قويًا ؛ لأن رجلا يُلْزِم القاضي بقانونه أن يحكِّم العادة قبل أن يحكمِّ التشريع الإسلامي لا يصح أن يتكلم في التشريع الإسلامي ؛ لأنه يجهله أو يعاديه » . (ص 21) .

وعلى الرغم من أن ترتيب المصادر الاحتياطية للقانون على هذا النحو الذي جاء في المادة الأولى من القانون المدني المصري قد يثير كثيرًا من الجدل من الوجهة الفنية في القبول أو الرفض فإنه لا يمكن أن يكون ترتيبًا مقبولًا من وجهة المطالبين بالعودة إلى مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده .

21 - وقد ردد السنهوري في مناسبات كثيرة حاجة الفقه الإسلامي إلى الإصلاح والتجديد بعد إغلاق باب الاجتهاد فيه ، حتى تخلف عن ركب الحياة والتطور ، ويتفق مع هذا تعبيره في مذكراته عن أمله في الاشتراك في « عمل لإنهاض الشريعة الإسلامية وجعلها صالحة للتقنين في الوقت الحاضر » [1] . وقد

(1) عبد الرزاق السنهوري من خلال أوراقه الشخصية : ص 60 .

تحدث في شعره إلى أبي حنيفة بما يفيد وجوب الإبقاء على الأصول وحدها ، دون الفروع . يقول في مذكراته :

أبا حنيفة هذا فقهكم بقيت منه الأصول وقامت أفرع جدد
ماذا على الدوحة الشيماء إن ذهبت منها الفروع وظل الجذع والوتد [1]

ويبدو أنه قد عبر في هذه الأثناء عن الحاجة إلى تجديد الفقه الإسلامي وإحيائه بجعله صالحاً للاستمداد منه في التقنينات المعاصرة . وهذا هو ما ينقمه الشيخ فيما يعبر عنه بنقله قوله ورده عليه . ومما ينقله عنه قوله بأن الفقه الإسلامي توقف عن النمو ، حتى بات « العالم يمشي وهو جامد ، والحضارة تتطور وهو ساكن ، فبعد عن الحاجات المتجددة ... فأصبح من العسير على الأمم العربية في العصر الحاضر أن تستقي منه قوانينها الحاضرة ... فأخذت تهجره واحدة بعد الأخرى ، ولجأت إلى القوانين الغربية الحية لتماشي مدنية العصر ، ومن هنا نشأت أزمة الفقه الإسلامي ... فيحتاج إلى جهود جبارة ووقت طويل حتى يعود الفقه الإسلامي إلى مجده الأول ، وينفض عنه غبار الجمود الذي تراكم عليه فيسترد قوته ورونقه ، ويعود تشريعًا جديدًا وفقهًا خصبًا قويًا » [2] .

ولا يوافق المؤلف على شيء من هذا ، ويرده جميعه بقوله : « أيها الأستاذ : إن التشريع الإسلامي حيٌّ حياة إلهية . ولو لم يرق في نظرك فلست أكثر حولا ولا طولًا ممن محوه من بلاد الإسلام ، وأدخلوا قوانينهم ، وحكموا بها ، وألزموها المسلمين قهرا وبلا ذنب إلا احتلالهم . إن علماء التشريع الإسلامي قد أصبحوا - والحمد لله - يضارعون في تفكيرهم وفهمهم أكبر عالم من علماء القوانين الوضعية . ولو سألتموهم عن أي قاعدة لبهركم وأخذ عليكم تفكيركم الوضعي ما يجيبون به . ولكن ما تدعون من علم ومعرفة قد جعلكم - في نظركم على الأقل - أعلم مخلوق وأكبر مشرع ، والله يقول : ﴿ وَمَآ أُوتِيتُم مِّنَ ٱلْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ﴾ ، ونصيحتي إليكم أن ترجعوا إلى التشريع الإسلامي وفيه ما فوق الكفاية فتعلموه وابحثوا وبشروا به في كل مكان يعظم شأنكم ويرضى عنكم ربكم ... » [3] .

ومدار الخلاف بين الرجلين أن السنهوري يشترط الاجتهاد وإحياء الفقه الإسلامي

(1) السابق (ص 212) .
(2 ، 3) المقارنات ج 22/1 .

قبل الاعتماد عليه في استنباط القوانين ، على حين يسلم المؤلف بأن الفقه الإسلامي حيّ لا يفتقر إلى أي شيء لصلاح الاستمداد منه في الوقت الحاضر . وهو يشكك في نية من يعلق الاستمداد من الفقه الإسلامي في ضبط العلاقات في البلاد الإسلامية الحديثة على تجديده ، معتقدًا أن القول بهذا التعليق مجرد تكأة وذريعة لاستمرار استبعاد الفقه الإسلامي من التطبيق ، ولتبرير الأخذ من القوانين الغربية .

22 - إثبات التأثير : ومن المحتمل أن يكون هذا النقد الذي ساقه الشيخ مسئولًا عن تطوير فكر السنهوري في الاستمداد من الفقه الإسلامي عند تكليفه بوضع القانون المدني العراقي وغيره بعد ذلك . ومهما يكن الأمر فقد لجأ الشيخ إلى إثبات تأثير الفقه الإسلامي في القانون الفرنسي لبيان رقي الفقه الإسلامي ونضجه وتطوره وصلاحيته للاستمداد منه . ويتكئ الشيخ في إثبات قضية تأثير الفقه الإسلامي على منهج يقوم على الأوجه التالية :

1 - إثبات العلاقة التاريخية بين الفقه الإسلامي والمجتمعات الغربية : لا يمكن إثبات التأثير والتأثر بين أي نظامين قانونيين دون إثبات العلاقة التاريخية بينهما ، وقد كان هذا واضحًا في ذهن الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين وضوح الشمس مما يحسب له .

وهو لهذا يتجه إلى إثبات هذه العلاقة باعتبارها شرطًا عنده لإثبات التأثير ، ولهذا يقرر أن تطبيق الفقه الإسلامي في الأندلس كان هو المناسبة التاريخية لتعرف أوربا على أحكام هذا الفقه خاصة وأن الأندلس كانت منارة للعلم والمعرفة ، على حين كانت أوربا تعيش في جهالة عمياء . يقول في هذا الصدد : « في غياهب الجهل ومجاهل التوحش دخل الإسلام أوربا ، وحكم أهلها ، وأسس فيها قواعده العادلة ، ووفد على الأندلس جميع سكان أوربا يغترفون من النور والعلم وأسس الحياة الصحيحة هناك ..

كان مذهب مالك أدخله فيها زياد بن عبد الرحمن القرطبي (ت 193 هـ - 808 م) ، وهذا في حكم هشام بن عبد الرحمن (سنة 171 - 180 هـ) فلم تأت سنة مائتين هجرية حتى تقلص ظل مذهب الأوزاعي ، وساد المذهب المالكي في الحكم والقضاء » [1] .

وإذ يعول الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين على إثبات الصلة التاريخية هذا التعويل

---

(1) المقارنات التشريعية 18/1 .

فقد كان عليه أن يشير إلى الظروف التاريخية التي تمت فيها العلاقات الأوربية بالمجتمعات الإسلامية سواء في أثناء الحروب الصليبية أو في سياق العلاقات التجارية بين الشرق والغرب ، أو إبان الحكم العثماني لكثير من البلاد الأوربية وتطبيقه قوانين إسلامية في هذه البلاد مما أعطى الفرصة كاملة لتعرف المراقبين الأوربيين على مبادئ الفقه الإسلامي ومقارنة هذه المبادئ الراقية بما كانوا يطبقونه من قوانين ، والإفادة منها في ترقية هذه القوانين والتأثر بها ونقل بعض مصطلحات هذا الفقه . ويعترف يوسف شاخت باتساع الهوة بين المبادئ الراقية التي كان يطبقها العثمانيون في كثير من أجزاء أوربا آنذاك وبين القوانين السائدة في أوربا في نهايات العصور الوسطى .

2 – التشابه في النسبة الغالبة من المبادئ بين الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي ، مما يلزم عنه إثبات تأثير الأول في الثاني لتفسير هذا التشابه . ويرد وجهة النظر التي رددها أحد كبار رجال القانون في مصر دون أن يسميه (يبدو أنه الدكتور عبد الرزاق السنهوري) والتي لا تعترف بالفقه الإسلامي مصدرًا من مصادر القانون الفرنسي ، يقول في ذلك : « أما ما ذُكِر من أصول مأخذ القانون الفرنسي مما تعرفه أنت ودرسته أنا فهو نتيجة إجماع سكوتي من أعداء التشريع الإسلامي ، يتناقله علماء القانون الوضعي جيلًا بعد جيل ، ولا يذكرون التشريع الإسلامي ، حتى كأنه ما كان موجودًا في الوجود » [1] .

وإذ يرفض هذا النظر فإنه يثبت وجهته في اعتبار الفقه الإسلامي أحد مصادر القانون الفرنسي بالإشارة إلى العديد من المبادئ التي يشتركان فيها من ذلك « أن انعقاد البيع ولزومه يتم بالإيجاب و القبول فقط ، وتنتقل الملكية للمشتري بذلك ، وأن انتقال الملكية للموكل بمجرد تعاقد الوكيل ، وأن البلوغ القانوني حده 18 سنة ، وأن من نتائج حكم إلغاء العقد أن عديم الأهلية ليس ملزما برد ما قبضه من الطرف الآخر إلا إذا استفاد به وصان ماله ، وإلا فلا رجوع عليه ؛ لأن من تعاقد معه سلطه على ماله فهو المفرط ، وأن موت أحد العاقدين لا يبطل العقد إلا إذا كان أحد الطرفين ملحوظًا في العقد كالشركة والوكالة وإيجار العمل ، وأن أداء ما ليس بواجب يلزم من أخذ برد ما أخذ ... إلخ ، فماذا تقول ، وهذه قطرة من بحر ؟!

---

(1) المقارنات 18/1 .

كل هذا منقول من مذهب الإمام مالك ، وهو في القانون المدني الفرنسي ، فهل هذا مأخوذ من القانون الروماني ؟ كلا ؛ لأن حكم هذه الأشياء معروف في القانون الروماني ، وقد طارده وأماته التشريع الإسلامي في البلاد التي نشر ظله الوارف فيها [1] .

ولا شك في أن اجتماع الصلة التاريخية والتشابه في نسبة كبيرة من المبادئ التشريعية بين نظامين قانونيين مما يبرر استنتاج تأثر أحداثهما وجودا بأقدمهما تاريخيًا ، وهذا هو ما حاوله الشيخ سيد عبد اللّه ، وبنى عليه استنتاجه الذي أشرت إليه .

وعلى الرغم من التسليم بأن مجرد التشابه بين عدد محدود من المبادئ بين نظامين تشريعيين لا يستلزم التأثير بينهما فإن تفسير التشابه بالمصادفة مع قيام العلاقة التاريخية يبدو غير مألوف كذلك . ومن المحتمل مع هذا كله ألا يكون الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين قد أتى بالحجج القاطعة في إثبات تأثير الفقه الإسلامي في القانون المدني الفرنسي ، وحسبه أنه فتح بابًا كبيرًا للبحث والتعرف على الدور الإنساني الذي قدمه الفقه الإسلامي لترقية التفكير القانوني العالمي . وهو لا يكتفي بإثبات تأثير الفقه الإسلامي في القوانين الغربية بعامة وفي القانون المدني الفرنسي بخاصة ، وإنما يرتب على ذلك عددًا من النتائج ، من بينها :

1 - سمو التشريع الإسلامي « كتشريع ملأ طباق الأرض عدلًا وعلمًا ، وقد كان يحكم به في بلادهم الغربية مئات السنين ، يوم أن كانوا يتخبطون في ظلمات الجهالة » [2] .

2 - وجوب العمل على الأخذ بأحكام هذا التشريع ، وإحلال العمل به محل هذه الأحكام الوضعية المستمدة في حالة القانون المدني المصري من عشرين قانونا مدنيا غربيًا طبقًا لما ذكره الشيخ سيد عبد اللّه في مقدمة مقارناته . وهو يؤكد أن هذه التشريعات الوضعية التي فرضها الاحتلال الغربي لم تأت بجديد لا يعرفه المسلمون ، ولا بأفكار لم يسمعوا عنها ، ولا بقوانين أرقى للبشرية ، ولو كان هذا هو الحال لصح تبرير الأخذ بهذه القوانين ، ولكن الواقع يؤكد أن هذه التشريعات الوضعية لا تختلف عن التشريع الإسلامي إلا في صقل مبادئها وتنظيم تبويبها

---

(1) السابق 19/1 .
(2) المقارنات التشريعية 27/1 .

وتقديم عللها العقلية وأسسها المنطقية . إنه يسجل دهشته عند اكتشافه أثناء تقدمه في دراسته الحقوق في فرنسا أن النصوص القانونية هي نصوص الفقه الإسلامي ، بل والتعليل للأحكام عندهم هو التعليل في التشريع الإسلامي خصوصًا في مذهب الإمام مالك ﷺ [1] .

جَمْعه بين الثقافة الفقهية والقانونية :

يلفت النظر اتساع ثقافة الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين على نحو كان له أثره في إقداره على الاضطلاع بعبء المقارنة بين المذهب المالكي والقانون المدني الفرنسي ، ذلك أنه درس العلوم الشرعية الأزهرية على اختلافها خمسة عشر عامًا كما تقدم ، ونال شهادة الأهلية على مذهب الإمام مالك ، والعالمية على مذهب الإمام أبي حنيفة ، كما درس الحقوق الفرنسية بجامعة ليون بفرنسا ، واشتمل برنامج دراسته على دراسة القانون الروماني وتاريخه والقوانين الفرنسية وتاريخها ، ونال شهادة الليسانس من هذه الجامعة .

وقد استطاع بهذه الخبرة المتنوعة أن يترجم القانون المدني الفرنسي لنفسه وأن يقارن بين أصوله وقواعده بما يوافق ذلك أو يخالفه من مذهب الإمام مالك .

وقد كانت للشيخ قراءاته ومتابعاته إلى جانب ذلك مما يدل على وعيه بتاريخ تطبيق التشريع الإسلامي في البلاد العربية والإسلامية وبواقع تطبيق هذا التشريع في هذه البلاد كذلك . ويبدو هذا الوعي واضحًا في إشاراته إلى أحوال البلاد العربية التي كانت قد خرجت لتوها من سيطرة الاستعمار عليها كمصر وسوريا والعراق ولبنان ووجود فقهاء في هذه البلاد مجتهدين اجتهادا مطلقًا أو مقيدًا بمذهب من مذاهب المجتهدين السابقين ، وهم من الطراز الأول في فهم أصول التشريع الإسلامي [2] . وهذه الثقافة المتنوعة (الأزهرية والغربية) التي لم يحظ بها كثير غيره في عصره هي التي دفعته إلى الإحساس بأن انشغاله بتقديم هذه المقارنات واجب عليه وجوبًا عينيًا للتعريف « بموقف التشريع الإسلامي من القوانين الوضعية ، وكيف كان منهلًا عذبًا لكل وارد ، وكيف أنكروا فضله وسكتوا حتى

---

(1) المقارنات التشريعية 28/1 .

(2) السابق 23/1 .

عن ذكر اسمه » [1] . ولعل في هذه الإشارة إلى ثقافته المتنوعة ما يوضح لطلاب الفقه الإسلامي واجبهم في التزود بالثقافتين الفقهية والقانونية ، بما يمكنهم من معرفة الفقه الإسلامي ودراسته الدراسة الواجبة .

ثناء معاصريه وتقديرهم لكتابه في المقارنات :

يدل استقبال معاصري الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين لكتاب المقارنات التشريعية على الإحساس القوي بالحاجة إليه . وقد شارك في استقبال مجيء هذا الكتاب والتعبير عن الفرح به عدد من كبار علماء الأزهر الذين نثبت شهادتهم في نهاية هذا الكتاب دون تعليق من جانبنا .

وفي تقديرنا أن الفرح بصدور هذا الكتاب ناشئ من عدة اعتبارات ، أهمها :

1 - أهمية أسلوب الدراسة المقارنة في الوعي بأحكام الفقه الإسلامي ومبادئه في الحكم على مدى صلاحيتها في التطبيق المعاصر ، وتعريف المسلمين وغير المسلمين بها . وعلى الرغم من التسليم بأن مجهود الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين في الدراسة المقارنة لم يكن الأول فإن هذا المجهود كان ذا أثر عظيم في إرساء الاهتمام بمنهج الدراسة المقارنة ودعم الاتجاه إليه . يدل على ذلك ظهور العديد من الدارسات الفقهية المقارنة في العقود التالية لصدور كتاب المقارنات التشريعية على نحو كان له أثره في الاعتراف للفقه الإسلامي بمكانته اللائقة به بين النظم القانونية الراقية .

ويلاحظ الدكتور عبد الناصر العطار أن الاتجاه إلى الدراسة المقارنة قد بدأ في كليات الحقوق قبل أن تقدم عليه كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر . ويشير إلى عدد من رسائل الدكتوراة التي نوقشت بحقوق القاهرة بعد عام 1950 م ، مما قد يشير إلى نوع من التأثير الناشئ عن المقارنات التشريعية . من ذلك رسالة « نظرية تحمل التبعة (1950) وحوالة الدين في الشريعة الإسلامية والقانون المصري للدكتور عبد الودود يحيى (1957 م) ، والمسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي للدكتور سيد أمين (1965 م) ، وآثار الحرب في الفقه الإسلامي للدكتور

---

(1) السابق 28/1 .

وهبة الزحيلي (1963) ، ونظرية السيادة في الفقه الدستوري الإسلامي ، دراسة مقارنة (1974) [1] .

2 - رد الاعتبار للفقه الإسلامي بعد إقصائه عن التطبيق في كثير من البلاد الإسلامية التي وقعت تحت الاحتلال الغربي ، وذلك بإثبات تفوقه وتأثيره في النظم القانونية الغربية ، واشتماله على كثير من المبادئ التشريعية الراقية التي تتفق مع مفاهيم القوانين الغربية . لقد هوجم الفقه الإسلامي بدعوى تخلفه وجموده وتوقفه عن التطور وعدم ملاءمة الكثير من مبادئه للحياة العصرية ، واشترط الكثيرون من المخلصين ضرورة تطويره وتحديثه بفتح باب الاجتهاد فيه قبل وضعه موضع التطبيق . لكن هذا الكتاب قد احتوى على البراهين القاطعة الدلالة في إثبات أن الغالب الأعم من مبادئ الفقه الإسلامي لم يفقد جدته وحيويته بعد . وليس هذا فحسب ، بل يمكن وضع هذه المبادئ موضع المقارنة مع المفاهيم القانونية العصرية للتشريع الفرنسي . ولقد صرح الكثيرون ممن عبروا عن سرورهم بصدور كتاب المقارنات التشريعية عن هذا المعنى .

3 - تبرئة ساحة العلماء من وصمة الصمت على استبعاد الفقه الإسلامي عن التطبيق ، وعدم معارضتهم للاستمداد من القوانين الغربية الأصل . لقد رأى الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين أن بوسعه الاحتجاج على الخطأ في استمرار استبعاد الفقه الإسلامي عن التطبيق بأسلوب علمي راق مستنير ، يقوم على الكشف عن المبادئ التشريعية التي عبر عنها المذهب المالكي ومقارنتها بما اشتمل عليه القانون المدني الفرنسي مع رصد عناصر الاتفاق والاختلاف بين الآراء والمبادئ التي أخذ بها كل من المذهب المالكي والقانون الفرنسي .

وإذا كانت مياه كثيرة قد تدفقت في مجرى النهر بعد صدور « المقارنات التشريعية » ، حيث بذلت جهود عديدة في مجال الدراسة المقارنة وتحقق رد اعتبار الفقه الإسلامي في الكثير من الدوائر ، فإنه مما لا شك فيه أن إبراز الجهود الرائدة ومعاودة النظر فيها ورصد مناهجها وتحليل نتائجها أمر على قدر كبير من الأهمية

---

(1) راجع تطبيق الشريعة الإسلامية في العالم الإسلامي للدكتور عبد الناصر العطار ، مطبعة السعادة بالقاهرة 1979 .

في حفز الهمم والتهيؤ للمستقبل وكسب أنصار جدد للعمل على حل المشكلة القانونية « التي تعانيها البلاد الإسلامية بدرجات وأشكال مختلفة . وفي اعتقادنا أنه لا مجال لتحقيق التقدم في هذه البلاد إلا بحل هذه المشكلة القانونية » حلا يرعى المصالح ، ويفسح المجال للاجتهاد الشجاع ، ويتسم بالاعتدال ، ويوفر الاستقرار الفقهي والقضائي والقانوني ، ويطاوع التطور الاجتماعي والاقتصادي والزماني والمكاني ، ويربط الحاضر والمستقبل بالماضي في الفقه والقضاء والتشريع ، ولا يبتر ذاكرتنا القانونية والفقهية والقضائية ، أو يتنكر لها ، أو يضحي بها بحثًا في ذواكر أمم أخرى ، وعقول غير عقول أمتنا ، وممالك ليست ممالكنا . ومن الجلي الواضح أنه لا يمكن حل هذه « المشكلة القانونية » في غيبة الفقه الإسلامي ودراسته الدراسة الواعية والمقارنة .

المؤلف والشيخ مخلوف المنياوي :

بدأ الشيخ مخلوف المنياوي منهج الدراسة المقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الفرنسي في عهد الخديوي إسماعيل الذي كلف رفاعة الطهطاوي بترجمة هذا القانون ، وكلف الشيخ مخلوف بالتعليق على هذا القانون ومراجعته من وجهة الفقه المالكي لمعرفة أوجه الشبه والاتفاق بين الفقه المالكي وهذا القانون . وقد عاد الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين إلى هذه المراجعة ذاتها ، ولكن بأسلوب مختلف الملامح بعد ما يقرب من سبعين عامًا وفي ظروف مختلفة ، مما يستدعي المقارنة بين أسلوبي الرجلين بغية الاقتراب من منهجيهما وتأكيد قصد كليهما من عمله .

وأول ما يتبادر للذهن هو هذه المفارقات الشكلية التي نرصدها في الأمور الثلاثة التالية :

أولًا – يعتمد الشيخ مخلوف في مقارناته على إفراد بند القانون المدني الفرنسي أو مادته ليحكم عليها من وجهة الفقه المالكي ، وتأكيد اتفاق أحكام البند الذي يعرض له عن طريق ذكر نصوص المذهب المالكي من كتبه المعتمدة كشرح الدسوقي ، والموطأ ، ومواهب الجليل وغيرها . وبهذا فإن أسلوب الشيخ مخلوف أسلوب نصّي يقوم على ذكر نصوص القانون الفرنسي ونظائرها من كتب المذهب المالكي . أما الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين فإن منهجه يقوم على تناول

الموضوعات القانونية بترتيبها الوارد في القانون المدني الفرنسي مع إلحاقها بما يقابلها من المذهب المالكي ، بحكاية الآراء المتضمنة في كتب هذا المذهب ، دون أن يعني نفسه بإيراد النصوص . إن البند أو المادة القانونية محور عمل الشيخ مخلوف ، على حين أن الفصل بما يضمه من عدد من المواد أو البنود هو محور عمل الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين ، وقد استطاع الشيخ مخلوف نقل نصوص المذهب المالكي الموافقة لما في البند ؛ لأن المحور الذي يعتمده أساسا للمقارنة أضيق من المحور الذي تبناه الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين . إن أسلوب الشيخ مخلوف أقرب للاعتماد على النص على حين أن أسلوب الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين أقرب إلى أسلوب التأليف القانوني والفقهي المعروف .

ثانيًا - يركز الشيخ مخلوف على الْـمَشَابِه باعتماد منهج الأشباه والنظائر ، أما الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين فإنه يتطلع لتحديد المشابه باعتماد المنهج المذكور ذاته مع إضافة أوجه الخلاف بالاعتماد على منهج « الفروق » المعروف بين مناهج الدراسة في الفقه الإسلامي .

ثالثًا - لا يخطئ الناظر إلى « مقارنات » الشيخ مخلوف هذا الهدوء وهذه الرصانة التي تنعكس في تقديره لبعض أوجه الضبط والعدالة المتضمنة في القانون المدني الفرنسي . وهو لا يعني نفسه بالإشارة إلى مضارعة الأحكام الفقهية أو تفوقها أو تأثيرها في القانون المدني الفرنسي ، وإنما يكتفي بلمح أوجه التشابه بنوع من « الحياد البالغ الوقار والهدوء » الذي لا أثر فيه لانفعال أو دفاع أو هجوم . أما الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين فهو في قلب معركة يديرها بأعصابه وروحه وعقله مما نراه بوضوح في خطاباته لملك مصر وعلماء الأزهر وبعض الشخصيات العامة التي يحاول فيها جمع الأنصار وخلق وعي عام للمطالبة بتأييد الاستمداد من الفقه الإسلامي ، والرجوع إلى مبادئه بدلًا من النقل عن « عدة تشاريع وضعية » ، كما يقول في حواره مع السنهوري فيما يبدو . إنه يقيم مقارناته قصدًا إلى إقناع الأمة والعلماء والمسئولين بمشروعه ، وضمهم إلى صفِّه ، وحفزهم على تغيير مواقفهم . ويكمن الفرق بين أسلوبي الرجلين في أن الأول كتب كتابه والفقه الإسلامي في مكانه من السيادة والتطبيق في البلاد ؛ ولذا اتبع هذا الأسلوب الهادئ الرصين الذي لا يشي بالتوتر أو الانفعال ، على حين كتب الآخر مقارناته

بعد ابتعاد الفقه الإسلامي عن التطبيق في غير دوائر الأحوال الشخصية . ولهذا يكتب الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين ما يكتب وعنده قضية تضغط على أعصابه ، وتؤثر في وجدانه ، وتثقل روحه . وهذا ما بدا في أحوال كثيرة وخاصة في اندفاعه إلى إثبات تأثير الفقه الإسلامي في القانون الفرنسي بالاعتماد على الصلة التاريخية المتمثلة في الوجود الإسلامي في الأندلس وعلى مجرد التشابه ، دون أن يتبع ذلك بالتحليل القانوني اللازم لإثبات هذه القضية الكبيرة .

التعريف بمصادره الفقهية والقانونية :

اعتمد الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين على عدد من المصادر القانونية والفقهية التي أثبتها في ملحق خاص ، والتي نعرِّف بها فيما يلي :

– مختصر أصول القانون المدني للأستاذ رينيه فوانيه (الطبعة الحادية عشرة 1922 م ، طبعة باريس) .

– المجموعة الصغيرة لدالوز ، لمسيو هنري بوردو طبعة باريس 1922 م . وهذان هما المرجعان القانونيان الوحيدان اللذان اعتمد عليهما في مقارناته لضبط أحكام القانون المدني الفرنسي . ويلفت النظر تاريخ طباعة الكتابين وأنه يعود إلى سنة واحدة هي سنة 1922 م ، وهي السنة التالية للعام الذي سافر فيه إلى ليون بفرنسا لدراسة القوانين الفرنسية . ومن المحتمل أن يكون هذان الكتابان من الكتب التي درسها دراسة رسمية في السنوات الأربع التي أمضاها هناك . وللمرء أن يتساءل عن سر اقتصاره على هذين الكتابين وعدم تنوع مصادره .

أما كتب الفقه التي أثبت اعتماده عليها فهي قليلة كذلك ، وعددها سبعة كتب ، من بينها كتابان في السياسة الشرعية ، أولهما : كتاب السياسة الشرعية للشيخ عبد الوهاب خلاف المطبوع سنة 1350 هـ ، والثاني : كتاب تقريب السياسة الشرعية للسيد عبد اللّه جمال الدين المطبوع في القاهرة سنة 1318 هـ .

أما الكتب الفقهية الأخرى فهي خمسة كتب معروفة ومشهورة في المذهب المالكي ، وهي :

1 – مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ، أبي عبد اللّه محمد بن

محمد بن عبد الرحمن ، وبهامشه التاج والإكليل للمواق محمد بن يوسف بن أبي القاسم ، الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة بمصر 1329 هـ

2 - شرح عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل طبعة القاهرة ، محمد أفندي مصطفى 1307 هـ .

3 - حاشية الرهوني (محمد بن أحمد بن يوسف) على شرح الزرقاني على مختصر خليل (الطبعة الأولى ببولاق القاهرة 1306 هـ .

4 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، وبهامشه الشرح المذكور (الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية للخشاب 1324 هـ) .

5 - المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن عبد الرحمن بن القاسم ، مطبعة السعادة بالقاهرة 1923 هـ .

منهج التحقيق :

اعتمدنا في تحقيق هذا الكتاب على النسخة المطبوعة التي رغبنا في إعادة نشرها بعد أن مر وقت طويل منذ صدرت طبعتها الأولى ، في محاولة لكسر حاجز الصمت حول هذا العمل ، ولتيسير اطلاع طلاب الفقه الإسلامي ودارسي القانون عليه حتى يعم النفع به ، ويتحقق بعض الهدف الذي أراده مؤلفه منه .

وإدراكا منا لأهمية هذا الكتاب ورغبة في تحقيق الانتفاع به فقد اتبعنا في تحقيقه ما هو واجب في تحقيق الدراسات العلمية ، وذلك على النحو التالي :

1 - تصويب الأخطاء التي لم تكن قليلة في النسخة المطبوعة على نحو كان له أثره في تيسير إدراك القارئ للمعنى الذي قصده المؤلف .

2 - عزو الآيات القرآنية ببيان رقمها وسورتها .

3 - تخريج الأحاديث النبوية .

4 - التعريف بالأئمة والعلماء الذين ورد ذكرهم في الكتاب بما يساعد على فهم الإشارات والآراء المذكورة .

5 - توثيق الآراء الفقهية التي يذكرها المؤلف بذكر اسم الكتاب ورقم الجزء والصفحة ، مما عساه أن يساعد القارئ على الرجوع إلى ما أشار إليه المؤلف من

آراء للتثبت منها أو فهمها في سياقها الذي وردت فيه .

6 - الإشارة إلى المقابلات القانونية للمبادئ الموضوعة للدراسة في القانون المدني المصري وبعض القوانين المدنية العربية قصدًا إلى بيان حيثيات ما كتبه المؤلف ، وحثًّا على الدراسة المقارنة ، وتعميقًا للوعي بها .

وفي اعتقادنا أن إعادة نشر هذا الكتاب محققًا على هذا النحو أمر ضروري لحفز الهمم وشحذها على الخروج من دوائر التكرار والإعادة ، والحماس الزائف الذي لا يتجاوز الحناجر ، ودعوة إلى إعادة النظر في مناهج الدراسة الفقهية ، والوعي بجذورها لتأكيد أهمية الدراسة المقارنة .

لقد عاش الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين حياته مكبًّا على الدراسة الفقهية والقانونية وعاشقًا لها ، ونأمل أن يكون إخراجنا لهذا الكتاب بصورته الجديدة وصلًا لجهود هذا العاشق وترسمًا لطريقه واعترافًا بريادته فيه .

والله من وراء القصد

(الخطابات التي صدَّر بها المؤلف كتابه)

[1] صورة ما رُفِعَ إلى السراي الملكية

في يوم 1946/2/13

مولاي : إن رُقي الأمم وعُلوّ شأنها نتيجة لتقَدُّمها في العلوم والمعارف في شتى طرق الحياة البشرية . وإن أوجب ما تُعْنىَ به الشعوب هو ما يحفظ حقوق الفرد والجماعة وينظِّم تدافع الناس في معترك الحياة ، وخير حارس على هذه الحقوق هو القانون ، وأفضل القوانين ما نزل من رب العالمين على خير نبي أُرْسِل رحمة للعالمين، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه أجمعين .

مولاي : ترك لنا مُتَشَرِّعُو الإسلام ما يُعَدُّ فخرًا مدى الدهر من قواعد الحكم وأصول التشريع ؛ فأخذه عنهم علماء القوانين الوضعية ، ولا زالوا ينهلون منه كلَّما تشعَّبت أمامهم مشاكل الحياة ، ثم يردونه إلى الأمم المغلوبة على أمرها المبتلاة بتشريع أجنبي على أنه من عملهم وتفكيرهم ، والله يعلم أنها قواعد الإسلام ومذاهب المجتهدين، ثم أجمعوا إجماعًا سكوتيًّا على عدم ذِكْر هذا التشريع السماوي شفاء لِغلٍّ في الصدور .

لست ألقي القول جزافًا فقد دَرَسْتُ التشريع الإسلامي ، وكنت من علماء الأزهر الشريف ، ثم دَرَسْتُ القوانين الوضعية بجامعات أوربا فوجدت دَيْنًا في عنقي لِديني أن أُبينِّ للناس كافة وللمسلمين خاصة مأخذ التشريع الوضعي من التشريع الإسلامي ؛ فوضعت مُؤَلَّفي هذا بعد بحوث شاقة ؛ سبع سنين ترجمت فيها فقه القانون الفرنسي وبعض القانون الروماني ، ثم قابلته بالنصوص الشرعية خصوصًا على مذهب الإمام مالك بن أنس الأصبحي [1] رضي الله عنه .

(1) مالك إمام دار الهجرة : أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث بن غيمان ابن خُثَيْل بن عمرو بن الحارث . كان أبوه من كبار علماء التابعين . مولد مالك على الأصح في سنة ثلاث وتسعين عام موت أنس خادم رسول الله ﷺ . نشأ في صونٍ ورفاهية ، وطلب العلم وهو حدثٌ فأخذ عن نافع ، وابن المنكدر ، والزهري ، وعبد الله بن دينار وخلق كثير ، وممن حدث عنه من شيوخه : يحيى بن أبي كثير ، والزهري ، ويحيى بن سعيد . قال عنه ابن عيينة : مالك عالم أهل الحجاز وحجة زمانه ، وقال الشافعي : « إذا ذُكر العلماء فمالك النجم » له مؤلفات منها الموطأ ... =

مولاي : ظننت نفسي سابقًا في عمل هذه المقارنات الكاملة بعد جهد - يعلم اللّه - كان متعتي في الحياة الدنيا . ولكني عثرت على كراسات من مُؤَلَّف خطّيٍّ محفوظ بدار الكتب الملكية المصرية قسم المخطوطات عنوانه : « تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك » [1] جاء في مقدمته : « إن فضيلة الشيخ مخلوف بن محمد القاضي [2] بمنية ابن خصيب جمعها برغبة وَلِيِّ النعم أبي الفداء [3] أدام اللّه على العباد ظل عدله » . ولولا توالي الأحداث التي حدثت بمصر وقتذاك لكان هذا المؤلَّف ذخيرة عظيمة وأثرًا خالدًا ، ولكنه تَبَدَّد ، ولم تتحقق رغبة جدكم عليه رحمة الله .

= وقد عاش مالك تسعا وثمانين سنة ، ومات صبيحة أربع عشرة من ربيع الأول سنة تسع وسبعين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء 382/7 إلى 437 .

(1) تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك بن أنس ، وهو مخطوط تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك بن أنس لمؤلفه محمد حسنين بن محمد مخلوف العدوي الشهير بمخلوف المنياوي (1277 - 1135 هـ) وهو يقع في جزأين ، وقد تعاون في نشره مركز الدراسات الفقهية ومكتبة دار السلام بالقاهرة عام 1999 م .

(2) مخلوف بن محمد الشهير بمخلوف المنياوي . عين قاضيًا للمنيا في جمهورية مصر العربية في عهد الخديوي إسماعيل ، ومن أهم مؤلفاته « تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك بن أنس » ولد سنة 1135 هـ ، وتوفي سنة 1277 هـ . انظر : المقارنات التشريعية بين القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك .

(3) أبو الفداء : هو الخديوي إسماعيل بن إبراهيم بن محمد بن علي وهو ثاني أنجال إبراهيم باشا من والدة غير والدة أخويه الأميرين أحمد رفعت ومصطفى فاضل ، ولد في 31 ديسمبر 1830 م في قصر المسافر خانة بالقاهرة بالجمالية . عني أبوه بتربيته فتعلم مبادئ العلوم ، واللغات العربية ، والتركية ، والفارسية ، وقليلًا من الرياضيات ، والطبيعيات ، وأرسله أبوه إلى فيينا عاصمة النمسا وهو ابن أربعة عشرة سنة ليستكمل تعليمه ، وقضى بها عامين ، وانتقل إلى باريس ، ونال حظا من العلوم الهندسية والرياضيات والطبيعة ، وتمرن على بعض المناصب في الدولة ، ولما أدركت سعيدا الوفاة خلفه على عرش مصر في 18 يناير 1863 م .
اهتم بالسياسة الخارجية لمصر ، فحرر مصر من قيود السيادة التركية ، وتودد إلى السلطان عبد العزيز الذي زار مصر سنة 1863 م ، وغير نظام توارث العرش . سعى إلى تحصيل لقب الخديوي وكان دائم الركون للدول الأوربية وحسن الظن بها . سعى لتحقيق شروط الامتياز ، افتتح قناة السويس ، وباع أسهم مصر فيها للإنجليز بثمن بخس . فتح السودان ، وكان لمصر سلطان على بعض البلدان مثل الصومال ، وأنشأ عددا من المدارس ، وخاضت مصر في عهده عدة حروب . وأصدر السلطان بناء على قرار مجلس الوزراء قرارًا بخلع إسماعيل وتنصيب توفيق باشا خديوي لمصر ، وكان ذلك باتفاق بين إنجلترا وفرنسا وألمانيا ، وتوفي في الأستانة يوم 2 مارس سنة 1895 م ، وله من العمر 65 سنة ، ونقل جثمانه إلى القاهرة ، ودفن بمسجد الرفاعي بالقاهرة . انظر : القاموس السياسي .

وإنه وإن لم يُرِد اللّه ﷻ ظهور تلك المقارنات في عهد جدكم العظيم فإنه قد أراد يا مولاي إظهارها في ظل مقامكم السامي وفي عهدكم الزاهر .

مولاي : إن العلماء مسئولون بين يدي اللّه عن إبداء ما يعلمون عن دينهم دفعًا وإظهارًا لحقيقة تشريعهم المُنَزَّل من عند اللّه . وإنهم يخرجون عن عُهْدَة التقصير متى بَلَّغُوا ما أُمِرُوا بتبليغه ، وإنني بهذا أديت واجبي واللّه على ما أقول شهيد .

ولما كان مولاي عقل مصر اليقظة ، وتاجها الذي تعتز به وتفتديه بمهجها وأرواحها ، وكان نعم المليك المسلم الصالح العامل بالكتاب والسنة في خير أمة مسلمة ؛ أحببت أن أقدم كتابي هذا ليكون للحق عنوانًا ، وللمشرعين نبراسًا وتبيانًا سائلًا اللّه العلي القدير أن يوفق الراعي والرعية لاتباع الشرع الإسلامي في قوانين الدولة المصرية الإسلامية إنه نعم المولى ونعم المجيب .

جعل اللّه عَهْدَه غُرَّةً في جبين الدهر ، وحفظ ذاته ذخرًا لمصر والمسلمين آمين .

الفقير إلى اللّه

سيد عبد اللّه

[2] صورة ما رُفِع لمشيخة الإسلام في القاهرة يوم 1946/9/21م

بسم الله الرحمن الرحيم

من الفقير إلى مولاه سيد بن عبد الله بن علي بن حسين [1]

إلى حضرة مولانا الأستاذ الأكبر شيخ الجامع الأزهر والمعاهد الدينية بالقطر المصري فضيلة الشيخ مصطفي [2] عبد الرازق حفظه اللّه .

السلام على مولانا ورحمة اللّه وبركاته ، وبعد ...

فإنه من نعمة اللّه تعالى عليكم أن جعلكم في هذا المقام الأسمى ، ومن نعمة اللّه على المسلمين والإسلام في مصر والمعمورة أن جعلكم مسئولين عن حقوقهما ، ومثل مولانا من يُقَدِّر المسئولية أمام اللّه وأمام المسلمين .

مولانا : إن مسئوليات الرئاسة الدينية خطيرة بقدر خطر مركزها ، ومن أهمها ما يأتي :

أولًا – تعليم الدين الإسلامي في مصر : هذه مسألة عظيمة الأثر في أبناء المسلمين ، وهي تكاد تكون معدومة في مدارس الحكومة ؛ لأنها اختيارية ، والتوجيه إلى رُوح الإسلام لا وجود له ؛ فيخرج التلميذ من الصفوف الأَولية بمعرفة على الهامش تذهب مع الريح . وليس في التعليم الثانوي ولا في التعليم العالي

---

(1) طبع بمجلة الأزهر عدد صفر سنة 1366 هـ مجلد 8 .

(2) الشيخ مصطفى عبد الرازق (1302 – 1366 هـ / 1885 – 1947 م) مصطفى بن حسن بن أحمد بن عبد الرازق أديب . ولد في أبي جرج من قرى المنيا بمصر ، وأبوه حسن باشا عبد الرازق ، وجدوده قضاة ولاية البهنسا ويعرف بيتهم ببيت القضاة .

تخرج بالأزهر ونال درجة العالمية سنة 1908 م ، سافر إلى باريس سنة 1909 م ، فتعلم الفرنسية وحضر دروس دور كهايم في علم الإجتماع ودروسًا في الآداب وتاريخها ، وفي سنة 1911 م تحول إلى مدينة ليون ليشتغل مع إدوارد لامبير في دراسة أصول الشريعة الإسلامية ، وحضر في جامعة ليون دروس جويلو في تاريخ الفلسفة ودروسًا في تاريخ الأدب الفرنسي . اختير عضوًا مراسلًا في المجمع العلمي بدمشق ، تولى وزارة الأوقاف سبع مرات عن حزبه حزب الأحرار الدستوريين . وأسندت إليه مشيخة الأزهر بعد وفاة المراغي . من مؤلفاته : فصول في الأدب ، وتمهيد لتاريخ الفلسفة الإسلامية ، والدين والوحي والنبوة ، وغيرهم . معجم المؤلفين 680/3 ، 681 .

ديانة ، أما في المدارس الأجنبية فيعلم مولانا أنها فُتِحَت لمحاربة الإسلام والمسلمين في عقر دارهما ، فمنها من يصطاد التلاميذ من المسلمين والمسلمات فيلقِّنونهم مبادئ النصرانية ، وأظن حوادث التنصير في مدارس الإرساليات معلوم أمرها .

فإن تورَّعت بعض المدارس عن تعليم المسيحية لأبناء المسلمين فهي حريصة على إبعادهم عن تَعَلُّم دينهم الإسلامي فيخرجون لا دينيين . فيرى مولانا أن أبناء الأمة الإسلامية قسمان : طلبة المعاهد الدينية وهم - والحمد لله - يتعلمون دينهم ، ويقيمون شعائره صغارًا وكبارًا ، وهم الذين نُكِبُوا في تولِّي الوظائف العامة في الأمة ، وطلبة المدارس المصرية في جميع درجاتها وطلبة مدارس الإرساليات أو البعثات الأجنبية لا يعرفون عن الدين إلا اسمه . وهم - بلا شك - الكثرة في الأمة ، وهم الذين يتولون معظم مصالح الأمة . وأظن عدم تمسُّك بعضهم بدينهم بل والعمل على هدمه عامدين أو غير عامدين لا يحتاج إلى دليل غير المشاهدة ولمس هذه الحقائق .

لهذا كان يا مولانا تعليم الأمة دينها ، وبعْث الروح الإسلامية فيها من المهد إلى اللحد من أخص لوازم مركز الرِّئاسة الدينية والإشراف عليه إشرافًا فعليًّا مما يحقق الرسالة التي يجب أن يقوم بها علماء الدين ، وإن الله لسائلهم عن ذلك (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته) [1] .

ثانيًا - الدعوة للتوحيد وتبليغ الرسالة الإسلامية : لقد ذهب الزمن الماضي بمآسيه وتقصيراته وما نسج عليه من خنوع واستكانة فلم يتحقق قول الله ﷻ : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلرَّسُولُ بَلِّغۡ مَآ أُنزِلَ إِلَيۡكَ مِن رَّبِّكَۖ وَإِن لَّمۡ تَفۡعَلۡ فَمَا بَلَّغۡتَ رِسَالَتَهُۥۚ ﴾ [2] .

والآن وقد تعددت سُبُل السفر برًّا وبحرًا وجوًّا وانتشرت الطمأنينة في جميع البقاع فقد وجبت الدعوة لله خصوصًا بين قوم لم تصلهم دعوة الرسول ، بل حتى بين المسيحيين . فقد أنارت العلوم مداركهم ، وتهيأت عقولهم لاستماع دعوة الحق ومناقشة الدليل عليها . وإذا كان باطل القوم يسعون جهد الطاقة في نشره فأَوْلَى

(1) أخرجه البخاري كتاب (العتق) رقم (2371) ومسلم كتاب (الإمارة) رقم (3048) وسنن الترمذي كتاب (الجهاد) رقم (1627) وسنن أبي داود كتاب (الخراج والإمارة والفيء) رقم (2539) .

(2) سورة المائدة الآية رقم 67 .

أن ننشر حَقَّنَا بالإقناع والدليل . وليس الأزهر والمعاهد الدينية بمصر لمصر ، وإنما هي للجميع في كافة بقاع الأرض ﴿ وَأُوحِيَ إِلَيَّ هَٰذَا ٱلْقُرْءَانُ لِأُنذِرَكُم بِهِۦ وَمَنۢ بَلَغَ ...﴾ [1] . فهل لمولانا أن يهيئ البعوث ويختار الرجال ، فيرسل رسل الحق والنور في مشارق الأرض ومغاربها ، فيبددون ظلمات الجهالة ، ويردون القوم عن الشرك بالله .تالله إنكم لقادرون ، وإن شاء الله لفاعلون .

ثالثًا – التشريع في مصر : يعلم فضيلة مولانا أن تشريعنا المدني والجنائي قد فُرِضَ علينا فرضًا . فهو غريب عن ديارنا دمًا ولحمًا . فقد أوجدت المحاكم المختلطة في عهد إسماعيل باشًا والي مصر في أول يناير سنة 1876 م ، ثم لا زالت تقضي في بلادنا بقوانينها المعروفة حتى تحدد بقاؤها بمعاهد مونترو .

وأُنْشِئَت المحاكم الأهلية بأمر عال من الخديوي توفيق باشًا [2] 1883/6/14 في الوجه البحري ، ثم عُمِّمَت في الوجه القبلي سنة 1889 ، وسارت أحكامها بما وُضِعَ لها من القوانين الأجنبية للآن .

وكان الحكم قبل هذه وتلك للتشريع الإسلامي ، ولكن لعدة أسباب مَحَلِّية ، وزمنية ، واحتلالية أُفْسِدَت أداة الحكم ليحل محل التشريع الإسلامي هذه التشريعات الوضعية التي سداها ولحمتها قوانين فرنسا . ولقد استدار الزمن ، وأفاق المسلمون من نومهم العميق ، وأخذوا يطرحون عنهم الركود والخمول ، وضربوا في نواحي العلوم بسهم وافر . عَرفوا من حقهم -كدولة إسلامية مستقلة – أن يكون تشريعها مستمدًّا من أصول دينها الإسلامي الذي أسس العدل ، ورفع الظلم ، وأَمَّنَ الخائف ، وساوى بين الناس جميعها لا فضل لعربي على أعجمي إلا بالتقوى ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ﴾ [3] .

---

(1) سورة الأنعام الآية رقم 19 .

(2) الخديوي توفيق : هو ثاني خديوي لمصر : وهو محمد توفيق بن إسماعيل ، ولد بالقاهرة عام 1852 ، تولى وزارة الداخلية عام 1871 ، كما تولى رئاسة المجلس المخصوص ومجلس النظار بعد ذلك ، خلف أباه بعد إقالته عام 1879 ، وظلت مدة حكمه 13 عاما ، نشبت خلالها الثورة العرابية . توفي سنة 1892 ، وخلفه ابنه عباس الثاني . القاموس السياسي لأحمد عطية الله ص 479 .

(3) سورة الحجرات الآية رقم 13 .

مولاي : يَتَقَوَّل الناس على مشايخنا آنذاك أنهم لم يسايروا الزمن في وضع القانون المدني من التشريع الإسلامي . وهي فِرْيَةٌ شاعت . والله يعلم من ابتدعها ؛ لأن علماء الإسلام كانوا مغلوبين على أمرهم . فكانت خُطَّة الاحتلال التشريعي مدبرة ، ولا محيص عن سلوكها إرضاءً للأجانب ؛ فتم ذلك . والآن والأمة المصرية تطلب فك أغلالها لتملك زمام أمرها في تشريعها ؛ كما تطلب الاستقلال من جميع نواحيه . والآن وقد تخلصنا من المحاكم المختلطة ومن التحكم في مقدراتنا ؛ يجب أن نتخلص من هذه التشريعات الوضعية الدخيلة علينا .. في هذا الوقت أيها السيد الجليل يقوم من المصريين المسلمين من يضع قانونًا مدنيًّا يطلب العمل به في ديارنا تثبيتًا لهذا العار الأبدي الذي يجب أن يُمْحَى ، وكما يزول الاحتلال المادي يزول الاحتلال التشريعي .

كاد الأمر يُفْلِت ، ولم يبق على وجود هذا القانون بصفة رسمية إلا مروره على مجلس الشيوخ . وبعد مرور بضع سنين يقول المُتَخَرِّصُون هذا تقصير علماء الدين حيث لم يحركوا ساكنا !! . لهذا أهيب بعلماء الدين ، وبكل مسلم ومسلمة ، وعلى رأس الجميع رئاسة المعاهد العلمية الدينية فهي التي تملك التدخل رسميًّا لسحب هذا القانون رسميًّا بواسطة الحكومة لعرضه على جمعية من العلماء المتخصصين في مادة الفقه وأصول الدين الإسلامي ؛ وهم - والحمد لله - على ذلك قديرون .

يا صاحب الفضيلة : إن هؤلاء المُتَشَرِّعين الوضعيينّ لا يعرفون عن الدين [1] الإسلامي إلا أنه دين عبادة لا يصلح للزمان ولا للمكان . وهي نتيجة حتمية لجهلهم فمن جهل شيئًا عاداه . فأظهروا الإسلام في ثوبه الحقيقي حتى يتعلم الجهلاء ، ويتذكر العلماء ، ويكون للأمة الإسلامية أصول للتشريع تستمدها من دينها القويم وعقيدتها الصحيحة بهذا يا مولاي تردون للأمة كرامتها . وتحيون فيها دينها وعزها الذي شرفها الله ﴿ كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ ... ﴾ .

ومن الخزي والعار على الإسلام والمسلمين أن يكون في المادة الثانية من القانون

---

(1) في الأصل : [التشريع] والصحيح ما أثبتناه .

المدني المعروض الآن ما يأتي (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين .. إلخ) فلا يتفق هذا وديننا الرسمي الإسلام .

يا صاحب الفضيلة لقد أتممتُ ترجمة الفقه الفرنسي ، وقارنته كله بالتشريع الإسلامي على مذهب الإمام مالك بن أنس ﷺ ، وسأقدمه للطبع قريبًا ، وإني أضعه تحت تصرف رجال التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي ، وستعلمون إلى أي حد أخذت أصول التشريع الإسلامي بل وأحكامه الفرعية في بناء التشريع الوضعي ، وليس هذا ادعاء بل دليل بين يدي .

إني بهذا قد أديت واجبي كمسلم من علماء الأزهر درس القوانين الوضعية فوضع كتابه هذا ليشهد العالم على زيف ما يدعي الوضعيون من أن فقه الإسلام قد قُضِي عليه ، ويحتاج لدراسات أخرى ، وما أكثر ما يدعون ، ولكن يأبى الله إلا أن يتم نوره ولو كره هؤلاء ومن والاهم . اللّهم إني قد بلغت من يمكنه أن ينفذ . اللّهم إني بلغت فاشهد ، وأنت خير الشاهدين .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

سيد عبد اللّه

[مقدمة المؤلف]

بسم اللّه . وبه أستعين . والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد : فلما أتممت كتابي « المقارنات في التشريعات المدنية السماوية والوضعية » رأيت من الواجب أن أذكر بعض مقدمات تاريخية تبينٌ ما نحن عليه من التشريع المدني في الديار المصرية وأصل ذلك ، وما يُدافع عنه أبناء مدرسة القانون الوضعي من اعتقاد في صحة هذه القوانين وبعدها عن التشريع الإسلامي الذي أصبح لا يصلح للزمان والمكان في نظرهم ، وما يجب على المسلمين في جميع بقاع الأرض ، وما يجب على رجال التشريع في البلاد التي ابْتُلِيَت بالاحتلال الأجنبي . عسى أن يوفقني اللّه لتشخيص الداء العضال ووصف الدواء الناجع .

فإن رأى أهل القانون وأهل العلم أني أصبت فأحمد اللّه لي ولهم ، وإن لم يَرُق في نظرهم فإني أعتقد أني أديت واجبي لله خالصًا ، وأديت الدعوة لأتباع تشريع محمد خير نبي أُرْسِل رحمة للعالمين .

أولًا – ما نحن عليه من التشريع المدني في الديار المصرية وأصل ذلك : القضاء في مصر كان يرجع في قواعده إلى التشريع الإسلامي من حيث تشكيله وأحكامه إلى سنة 1856 ، ولكن منذ هذه السنة رأت الحكومة المصرية في عهد سعيد [1] باشا إنشاء محاكم سميت (مجالس قضائية محلية) ، وكانت تحكم بمقتضى القانون

---

(1) الخديوي سعيد هو أكبر أنجال محمد علي تولى عرش مصر في شوال 1270 هـ ، يولية سنة 1854 م ، وهو الابن الأكبر لمحمد علي ، ولد 1822 ونشأ في حجر أبيه ، وكان أبوه يعتني بتربيته وتثقيفه ، واختار له السلك البحري فدربه على فنون البحرية ، وكانت أخلاقه طيبة ، وكان شجاعًا يميل إلى الخير ، وينفر من الظلم ، وكان ضعيف الإرادة عنده ثقة بالأجانب ، وكانت نقطة ضعفه إسرافه والتجاؤه إلى الاستدانة ، من أهم إصلاحاته إصدار اللائحة السعدية التي جعلت للفلاح حق تملك الأرض ومن أهم إنجازاته : تخفيف الضرائب وسن لائحة معاشات والموظفين والمتقاعدين وأجرى تطهير ترعة المحمودية ، وإتمام الخط الحديدي بين القاهرة والإسكندرية ، وتقصير مدة الخدمة العسكرية ، وجعلها في الوقت نفسه إجبارية للجميع وتعميمها على اختلاف الطبقات ، وإحياء البحرية المصرية ، وإنشاء شركة الملاحة النيلية ، وشركة الملاحة المجيدية . وفي عهده بدأ عهد القروض الأجنبية ، وعقد أول قرض سنة 1862 . وتوفي في 18 يناير سنة 1862 ، 27 رجب سنة 1279 ، وله من العمر 42 سنة . وكانت مدة حكمه ثماني سنوات وعدة شهور . (انظر : عصر =

الهمايوني ، ثم تشعَّب القضاء في مصر نتيجة معاهدات . وبحكم العادة وتَسَاهُل الحكومة المصرية - التي كانت تتبع الباب العالي - فكان القناصل يحكمون بين رعاياهم الحائزين للحماية ، وبمر الزمن تأيد هذا التوسع وأصبح قانونا بموجب اللائحة السعيدية [1] المعروفة بلائحة البوليس السعيدية الصادرة في 15 أغسطس سنة 1857 .

فلما تولى إسماعيل باشا سنة 1863 وجه عنايته إلى مداواة هذه الفوضى وكلف وزير خارجيته نوبار باشا [2] للسعي في إيجاد المحاكم المختلطة [3] ، وفي أول يناير سنة 1876 افتتحت بعد حصول الوزير على رضاء 15 دولة . وكان وجودها لمدة خمس سنين على سبيل التجربة ، وقانونها ونظام القضاء فيها مأخوذ عن القانون الفرنسي والإيطالي والبلجيكي ، وواضعه ميسو مونوري

= إسماعيل لعبد الرحمن الرافعي 23/2 : 66) .

(1) اللائحة السعيدية : صدرت هذه اللائحة في عهد سعيد في 15 أغسطس سنة 1858 م ، 24 ذي الحجة سنة 1274 هـ ، وجاءت في ثماني وعشرين بندًا وخاتمة ، وأهم ما جاء بها أنها أعطت حق توريث الأرض لأبناء الفلاحين المتوفيين ، وأنها اعترفت بحق الوراثة لأبناء الفلاح المتوفى ذكورًا كانوا أو إناثًا حسب أحكام الشريعة الإسلامية ، كما اعتبرت أراضي الأوسية أراضي خراجية تؤول للدولة في حالة عدم وجود ذرية لصاحبها عند وفاته . وكان إصدارها الأول في سنة 1854 ، ثم تلاه الإصدار الثاني الموسع في 1858 .

(2) نوبار باشا الذي عهد إليه بتشكيل وزارة تولت مسئولية الحكم طبقا للنظام الجديد الوارد في مرسوم 1878، وسقطت وزارته في 19 فبراير 1879 م ، وذلك بسبب ثورة الضباط الذين قادهم أحمد عرابي ، مما أدى إلى سخط الرأي العام عليه (انظر عصر إسماعيل باشا لعبد الرحمن الرافعي 86/2 ، 87 - 190/2) .

(3) المحاكم المختلطة : هي نتاج مفاوضات بين مصر والدول الغربية عدة سنوات ، انتهت سنة 1875 بالاتفاق على إنشاء المحاكم التي سميت (محاكم الإصلاح) وصدور لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، وقوانينها المدنية والتجارية ، وقانون المرافعات . وخلاصة القواعد التي قام عليها نظام هذه المحاكم ما يلي :

1 - تختص في المنازعات المدنية بين المصريين والأجانب . أما الجنح والجنايات التي تقع من الأجانب فلا تختص بالحكم فيها بل بقيت من اختصاص المحاكم المصرية . ويقضي ترتيب تلك المحاكم بإنشاء ثلاث محاكم ابتدائية ، ومحكمة استئناف ، والقضاة الأجانب هم الأغلبية ، ولهم رئاسة الجلسة . وقد تم تعيين قضاة المحاكم المختلطة سنة 1875 م ، ثم بدأ عملها في العام التالي ، وألغيت من ذلك الحين المحكمتان التجاريتان في القاهرة والإسكندرية ، حيث حلت محلهما المحاكم المختلطة . وقد قام النظام القضائي المختلط على أساس تخويل هذه المحاكم سلطة الفصل في جميع المنازعات التي تمس مصالح أي أجنبي . (عصر إسماعيل لعبد الرحمن الرافعي 267/2 : 270) .

المحامي الفرنسي الذي كان موجودا بالديار المصرية وقتذاك بأمر نوبار باشا رئيس الوزراء . كان هذا أول افتيات على قوانين البلاد ظفر به الأجانب في مصر ، بل وسعى إليهم في هذا السبيل نوبار باشا . وهو بعض ما يسعى إليه أعداء البلاد لضياع شخصيتها القانونية واستقلالها القضائي من مصادره الإسلامية ؛ فأصبح في البلاد قضاء مختلط ينظر في جميع الدعاوى المدنية والتِّجارية بين الأجانب والأهالي ، أو بين الأجانب المختلفي الجنسية ، وفي المنازعات العقارية ، ولو كان جنسية واحدة غير الوطنيين ، وقضاء وطني يحكم بالقوانين الشرعية ، ولكن النية كانت مُبَيَّتَة للتخلص من هذا التشريع الإسلامي وقَبْرِه في بلده ، فلم تكْفِ الطعنة الأولى بإيجاد المحاكم المختلطة ، ولكنه كان يجب الإجهاز الكلي على هذا التشريع وحصره في دائرة خاصة (الأحوال الشخصية) [1] وقد تم ذلك . فقد رأت الحكومة المصرية إنشاء محاكم مصرية تضارع المحاكم المختلطة التي وجدت منذ سنة 1876 من حيث كفاءة رجالها ونظامها - كما يقولون - للاستغناء عن المختلط فأُنْشِئَت المحاكم (الأهلية) الوطنية . الآن في 14 يونيو سنة 1883 بأمر عال من الخديوي توفيق باشا ، وافتُتِحَت في الوجه البحري في نفس هذه السنة ، وافتتحت في الوجه القبلي سنة 1889 م .

---

(1) الأحوال الشخصية : هو اصطلاح ابتدعه الفقه الإيطالي في القرنين الثاني عشر والثالث عشر حين واجهته مشكلة تنازع القوانين ؛ إذ كان يقوم في إيطاليا وقتئذ نظامان قانونيان : الأول : هو نظام القانون الروماني بوصفه القانون العام . والثاني : نظام لم تكن له صفة العمومية بل كان نظامًا محليًا . فلجأ الفقه الإيطالي إلى التفرقة بينهما فأطلق كلمة « قانون » على الأول . وكلمة « حال » على الثاني وجمعها أحوال ، ثم قسم هذه الأحوال إلى أحوال تتعلق بالأشخاص وأحوال تتعلق بالأموال . واستعار الفقه هذا التقسيم ، وأصبح القانون المدني المقارن ينقسم إلى طائفتين من القواعد : الأولى تتعلق بالروابط الشخصية وتتعلق الثانية بالروابط المالية واحتفظ لها باصطلاح (الأحوال المتعلقة بالأموال) ثم اختصر كل من الاصطلاحين فأصبح يطلق على الأولى الأحوال الشخصية والثانية الأحوال المدنية .

والمقصود بالأحوال الشخصية هو مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرًا قانونيًا في حياته الاجتماعية ككون الإنسان ذكرًا أو أنثى ، وكونه زوجًا ، أو أرمل ، أو مطلقًا ، أو أبًا أو ابنًا شرعيًا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو عته أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية ، أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية . انظر : دراسات في أحكام الأسرة للدكتور محمد بلتاجي ص 57 وما بعدها .

وبهذا تم إلغاء مجالس الأحكام البالغ عددها ثمانية في الوجهين حَسْب افتتاح هذه المحاكم ، وبقيت المحاكم الشرعية تنظر في أحكام الأحوال الشخصية ممنوعة من النظر في أي نزاع آخر .

كان هذا هو القضاء على التشريع الإسلامي في مصر . فلا يمكن بحال من الأحوال دراسة هذه النظم القضائية تاريخيًا ؛ لأن خيط الاتصال بين النظم القديمة والجديدة منقطع فقد جيء بالقضاء المختلط والقضاء الأهلي وفُرِضَا على مصر والمصريين . فدراسة تاريخ هذه القوانين يرجع لأصلها في بلادها .

ولما كانت هذه القوانين الدخيلة على أخلاقنا وعاداتنا وقواعد ديننا لا سند لها في وجودها ببلادنا ، وكان من أحدثوها يريدون لها الدوام ، أنشأ لها مدرسة الحقوق لتفرخ وتربي عقولا تهيؤها لاعتناق هذه القوانين والدفاع عنها فتمّ لهم ذلك . ولكي يُقْبِل الناس عليها حرصوا كل الحرص على تقليد خريجيها مناصب القضاء والنيابة بل والمناصب الرئيسة في الدولة . فسار هذا الحال على هذا المنوال ليومنا هذا فنسي الناس بل (والمتخرجون في مدرسة الحقوق [1] قوانين بلادهم) وظنوا أن الدين الإسلامي للصلاة والزكاة والحج الخ .

كل هذا تم ورجال التشريع الإسلامي لا حول لهم ولا قوة حتى أطلق عليهم بعض الناس (رجال الدين) ، ومعناه أنه لا شأن لهم في الحياة العامة إلا ملازمة المساجد ، والوعظ ، والإرشاد الروحي كرجال الديانات الأخرى (اليهود والنصارى) . ولو علم هؤلاء الحقيقة لعرفوا أنهم على غير حق فيما يدَّعون وأن أساس التشريع الوضعي هو التشريع الإسلامي كما سيعرفون من مراجعة هذه (المقارنات) .

ثانيًا – ما يقوله أبناء التشريع الوضعي : يقول أبناء مدرسة التشريع الوضعي : إن هذا الإصلاح كان واجبًا ، وإدخال هذا التشريع الوضعي في قضاء مصر تقتضيه العدالة وروح النهوض في الحياة الاجتماعية للأسباب الآتية :

1 – إن القضاء العادل كان مفقودًا في مصر فكانت الفوضى ضاربة أطنابها [2]

---

(1) في الأصل : « المتخرجون من جامعة الحقوق » وما أثبتناه هو الصواب .

(2) أطناب : مفردها طنب ، وهو حبل الخباء والسرادق ونحوها ، وأطناب الشجر : عروق تتشعب من أرومتها ، وأطناب الجسد عصبه التي تتحصل بها المفاصل والعظام وتشده . وفي الحديث : « ما بين طنبي =

في جميع مرافق الدولة ؛ فلا حق للفقير ، ولا يُحْكَم على الغني ذي الجاه بما يَكرَه ، ولم يكن الناس متساوين أمام القانون ، وكانت الرِّشْوَة منتشرة ، والحكم حسب الهوى ، وغالب الأحكام لا تنفذ .

2 - كان القضاء الإسلامي متشعبًا حيث كان يحكم بالمذاهب المختلفة : مالكي وشافعي وأخيرا مذهب الإمام أبي حنيفة [1] ، وفي هذا بلبلة للأفكار وعدم دراية بقانون الحكم بل عدم إمكان استخلاص نصوص التشريع الذي يجب أن يُطَبَّق على موضوع النزاع لعدم تمشي التأليف التشريعي مع الوقت في بساطة وسهولة .

3 - إن التشريع الإسلامي كان جافا إذ يقضي بقطع يد السارق ورجم الزاني أو قتله إلخ ، ولو كان الفاعلان مختارين ، ولم يعتديا على حقوق أحد (كزوج مثلًا) ، والناس قد ارتقى مجموعها وإحساسها ؛ فيجب ترك هذه الفظاعة والغلظة إلى المعاقبة بما ينطبق على المدنية والحضارة ؛ لأن المجرم مريض فيجب معالجته لا القضاء عليه .

وقد يبدو بالعين المجردة أن هذه الأسباب قد تُنْتِج مقدمة هذا التغير الكلي ؛ لأنه إصلاح لفساد شامل يجب عمله ، وقد أحسن من عمل . غير أنه يقال ردا على هذا إنصافا للحقيقة :

أولًا - إن فساد الحياة العامة الشامل لفساد القضاء وعدم إقامة أركان العدل ليس راجعًا لعدم صلاحية القواعد الشرعية لإقامة العدل بين الناس ، والأخذ بيد المظلوم ، والضرب على يد الظالم . وإنما هو راجع إلى أن مصالح الأمة ومقدراتها

= المدينة أحوج مني إليها » أي ما بين طرفيها . فاستعاره للطرف والناحية . (لسان العرب 2708/4 مادة طنب) .

(1) أبو حنيفة : هو عالم العراق أبو حنيفة النعمان بن ثابت زوطي التيمي ، الكوفي ، مولى تيم اللّه بن ثعلبة . يقال : إنه من أبناء فارس . ولد سنة ثمانين في حياة صغار الصحابة ، ورأى أنس بن مالك لما قدم عليهم الكوفة ، ولم يثبت له حديث عن أحد منهم . روى عن : عطاء بن رباح ، وعن الشعبي ، وعن عمرو بن دينار ، ونافع مولى ابن عمر ، وقتادة وابن شهاب والزهري . عني بطلب الآثار ، وارتحل في ذلك ، وأما الفقه والتدقيق في الرأي وغوامضه فإليه المنتهى ، والناس عليه عيال في ذلك . قال الشافعي : الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة . وقال ابن المبارك : أبو حنيفة أفقه الناس توفي في سنة خمسين ومائة ، وله سبعون سنة . وعليه قبة عظيمة ومشهد فاخر ببغداد . سير أعلام النبلاء 529/6 : 537 .

وأمنها وطمأنينتها [1] كانت في أيدٍ لا هَمَّ لها إلا إطلاق شهوة جامحة لملء البطون ، وكساء الجلود ، والتفنن في الملذات ؛ فكان الحكم نهبًا مباحًا لكل طارق من الحكام يأتي حاكمًا بأمره يستحل ما حرم اللّه ويحرم ما أحل ، فكان الواجب عدلا وعلمًا إصلاح الحال بِغَلِّ يد الظالم ، وعدل الحكام ، وإقامة الحجة ، وهناك يظهر إذا كان التشريع الإسلامي فاسدًا أو صحيحًا يتمشى مع كل زمان وفي كل مكان ؛ لأنه تشريع سماوي وضعه الباري - جل شأنه - لمصلحة البشر ، ولا يمكن الإصلاح بتركه لغيره بلا علاقة حتى بين التشريعين ، ولم يقل أحد حتى من أعداء التشريع الإسلامي : إنه لم يحقق العدالة الكاملة بين البشر .

ثانيًا - تَشَعُّب القضاء الإسلامي وعدم الدارية به وبنصوص التشريع التي تُطَبَّق على الحادثة بين المتنازعين لا يقضي بإلغائه واستبداله بغيره ، بل بالعكس هذا دليل على حيويته ، وإن المتشرعين دائبو البحث والتقصي عن تطبيق النصوص . وليس هذا بدعا في التشريع الإسلامي ، بل هو في كل تشريع يُطَبَّق كل يوم ، وسببه اختلاف فَهْم القضاة أو علماء القانون في استخلاص حكم يُطَبَّق على حادثة فتجد أحكامهم متناقضة ؛ لهذا وُجِدَ استئناف ونقض لضمان سداد الفهم البشري في التطبيق القانوني جَهْد الطاقة .

على أن اختلاف المذاهب في التشريع الإسلامي يبين بوضوح أنه تشريع عقل وبحث ودليل . وللقاضي الحاكم أن يختار ما يراه مُحَقِّقًا للعدالة ؛ فواجب القاضي فَهْم روح العدالة ، والفهم في القانون واجب التطبيق ، وإلا لو ألزمناه تطبيق نص القانون حرفيًا لكان إهدارًا لشخصيته كإنسان وإهدارًا لعقله كقاضٍ ، وما سمعنا أن أحدًا عاب قضاة أمريكا في قضائهم المختلف اختلافًا لا يكاد يتصوره العقل أو قضاة الإنكليز . ومع ذلك لم يقل أحد : إن اختلاف التفسير في القوانين الوضعية يقضي بإلغائها مع استبدالها بغيرها وهكذا يكون التشريع الإسلامي .

وعدم الدارية بالتشريع ليس عيبًا في القانون ، وإنما هو جهل يجب أن يزال بالتعليم ، ولا زال هذا الجهل موجودا ، فلا يُقْضَى بإلغاء القانون المعمول به واستبداله بغيره .

---

(1) في الأصل : [طمأنيتها] وما أثبتناه هو الصحيح .

أما كتب التشريع في ذلك الوقت فلم توضع إلا للمتعلمين الذين يمكنهم فهمها واستخلاص أحكامها كما هي الآن . غير أن أفهام المتعلمين آنذاك كانت قوية حادة ذكية بما يمارسونه من تعلُّم حتى يصلوا لدرجة فَهْم التشريع الإسلامي من نحو ، وصرف ، وبيان ، وبديع ، ومعان ، ومنطق ، وتفسير ، وحديث ، ومصطلح ، وتوحيد إلخ العلوم الشرعية الآلية ، لاستخراج الأحكام الشرعية من أصول التشريع : (كتاب اللّه ، وسنة رسوله ، والإجماع ، والقياس) . وبهذا سَمَت مداركهم ، وعلت أفهامهم ؛ فوضعوا كتبهم ، ولم يجدوا فيها صعوبة في فهمها ، ولكن أبناء المدرسة الوضعية لم يدرسوا غير تاريخ القانون - إن كان - وشرح القانون ، وما يتصل بالقانون ، فلا يمكنهم حل هذه الطلاسم لأنهم لم يتعودوها ، ولم يمارسوها ، ولم تَتَرَبَّ لهم ملكة الفهم التي تَرَبَّت لهؤلاء . فكان طبيعيًّا أن يمجّوا شيئًا لم يتذوقوه ، ويطرحوا طعامًا يكلفهم عناء ومشقة هم في غنى عنها إلا من أفاض اللّه عليه حب الاطلاع والمثابرة على الدرس وحب الاستطلاع ، فليس من العدل إلغاء هذا الذي لا تفهمه بغيره ، بل يجب أن نتعلم كيف نفهمه ، ثم نُنَقِّحه بما يسهِّل فهمه . وهكذا يتصل الماضي بالحاضر لا أن نقطعه ، ونرميه إلى غيره بلا سبب يبرره .

ثالثًا – صلابة التشريع الإسلامي في الحدود بقطع يد السارق ورجم الزاني أو قتله مع رقي إحساس المجموع ونفوره من هذه الفظاعة والغلظة إلخ ، والجواب على هذه التهمة يرجع إلى أمرين لأن القوانين المطبقة في المحاكم قوانين مدنية وقوانين جنائية فالقوانين المدنية هي التي يُحْكَم بها في قَطْع المنازعات في الحقوق المالية أو ما يؤول أو يُقَدَّر بالمال ، وهذه الناحية من التشريع لا صلابة فيها ولا غلظة . فالحكم فيها بقواعد التشريع الإسلامي كالحكم فيها بقواعد التشريع الوضعي ، فمن ادَّعَى حقا على آخر فعليه إثبات حقه بالأدلة المقررة كتابة أو شهادة أو إقرارًا إلخ . فإن عجز فله طلب يمين المدَّعى عليه بلا فرق بين تشريع وتشريع ، وعلى هذا لا تُوَجَّه هذه التهمة إلى القانون المدني الإسلامي (المعاملات والأقضية والشهادات) ، فاستبدال تشريع بتشريع يعادله يحمل كراهة ذاتية للتشريع الملْغَى ؛ لأنه لا علة ولا مصلحة تقتضيه ، وهذا ما يعمل عليه أعداء الإسلام في مشارق

الأرض ومغاربها كل يوم وفي كل قطر حلُّوا فيه ، وسيعرف المُطَّلِع على هذه المقارنات صِحَّة ما ندعيه من أن التشريع الوضعي مأخوذ من التشريع السماوي أصالة ، ولكن كراهة الإسلام في ذاته ومطاردته أينما كان هي التي أوحت بإلغاء تشريعه .

والقوانين الجنائية هي التي يُحْكَم فيها في الاعتداء على النفس أو على جزء منها ، وفي الاعتداء على المال بطريق الاغتيال أو السرقة مثلًا ، ويتبعه قانون التحقيق الجنائي ، فالتشريع الإسلامي نظر في الجنح والجنايات إلى حقيقة الأشياء بلا مماراة أو تمويه ، وحَكَم عليها حُكْمًا صحيحًا لمصلحة البشر ، وحسبك أنه تنزيل من حكيم حميد ؛ لأن المعلوم في خلق البشر أنه مركب من طبائع تقتضي القهر ، والغلبة ، والسيطرة ، والإفساد في الأرض ، وشهوة جامحة لا ترى حدًّا تقف عنده ، وذلك مصداق لقول اللّه ﷻ : ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَٰٓئِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي ٱلْأَرْضِ خَلِيفَةً ۖ قَالُوٓا۟ أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ ٱلدِّمَآءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ ۖ قَالَ إِنِّيٓ أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾ (1) فكان الإنسان بطبيعة خلقته ميالًا لعدم التقيد بأي نظام ولا بأي قانون يسعى لإشباع شهواته كما يهوى مأكله ، وملبسه ، وملذاته .

ومعلوم أن أول شيء يخافه الإنسان الاعتداء عليه في جسمه وإيصال الألم إليه ليحس في قرارة نفسه بالألم فيعمل ألف حساب على تجنبه والبعد عنه ، فإذا قيل : من قتل يُقْتَل بَعُد الناس عن القتل جَهْد المستطاع ؛ لأن القتل ينتظر القاتل فيخشى على نفسه ، وفي هذا الحد إحياء للبشر حيث يقول المولى جل شأنه : ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ (2) وهذا المبدأ اتفق عليه البشر إلا من شذ .

وإذا كانت الأموال تعادل النفس فسرقتها من الجرائم المخلة بأمن الناس ، وداعية إلى تقويض دعائم الأمن والطمأنينة ومعيشة السارقين على أكتاف المجدين في الحياة الساعين لطلب الرزق بجهد وتعب ، وكان الواجب المحتم على كل مجتمع العمل على صيانته من العبث والفساد ، كان قطع يد السارق أَحْفَظ للأمن ومنبع ألم للسارق ماديًّا وقت القطع ومعنويًّا مدة حياته مُبْعِدًا نفسه ما استطاع عن الألم

---

(1) سورة البقرة الآية رقم 30 .

(2) سورة البقرة الآية رقم 179 .

الجسماني ؛ فلا يجرؤ على السرقة أحد .

والدليل الحي العملي أن الدولة العربية السعودية تقيم الحد بقطع يد السارق ؛ فلا تجد فيها سرقة بعد أن كانت ميدانا للنهب والسلب وخصوصًا في موسم الحج الذي كان المسافر إليه يودع أهله وداع من لا يعود . والدليل القاطع على أن الأحكام الرخوة (وهي الحكم بالحبس على السارق) قد أوجدت أحوال العود للجريمة ألف آلاف مرة ، ولو قُطِعَت يد السارق لما عاد لخوفه مما ينتظره ، لهذا كان تشريعًا حكيمًا يطابق طبيعة البشر ويحفظ النظم الاجتماعية بما لا يحصل معه العبث بطمأنينة الناس وأمنهم ، ولو نُفِّذَت الأحكام الشرعية في الحدود بمصر لأغلقت السجون ، وقلَّت المحاكم ، وانصرف الناس لكسب رزق حلال ، وكان فيهم رجولة . وأما أن المجرم مريض تجب معالجته لا القضاء عليه فهذا ما أثبت الواقع خلافه ، فإن المذنب متى استوفى عقوبته وخرج لا يرتدع ، بل يرتكب إجرامًا آخر فيعود للسجن ، وقد يتخصص في نوع من الإجرام وهكذا وهو المشاهد المحسوس ، وأثبت التحقيق العلمي الحديث أن المجرم بطبيعته لا يترك الإجرام لأنه خُلُقِي فيه ، وقد تلقيت هذا العلم الحديث (الإجرام بالطبيعة) على أساتذته ، وأرونا في السجون العجب العجاب من المجرمين بالخلقة ، فمنهم من ارتكب الغش الجنائي أو سرقة البنوك أو الحوانيت إلخ عدة مرات حتى بلغ في بعض الحالات 15 مرة في نوع واحد من الإجرام ، ولو قُطِعَت يد سارق واحد لخاف الجميع ممن لم يخش الناس ولا يخاف اللّه ، ويقول اللّه جل شأنه : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ۖ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِى دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۖ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ [1] ومعناها عدم الرأفة بالزانيين وأخذهما بالقوة والعقاب لحفظ الأمن والنظام ، وهذا المعنى ملحوظ في العقوبات والحدود لتكون زواجر . ومع كل هذا فليس موضوع كتابي (المقارنات) إلا الحقوق المدنية الآن ، وسأشرع – بحول اللّه وقوته – في المقارنات الجنائية قريبًا إن شاء اللّه .

ثالثًا – ما يقوله أبناء التشريع الوضعي في القوانين الوضعية وفي التشريع

---

(1) سورة النور الآية رقم 2 .

الإسلامي وفي تباينهما .

يقولون – وما أكثر ما يقولون – : « إن القانون المدني الفرنسي لم يستمد أحكامه لا من فقه الإمام أبي حنيفة ولا من مذهب الإمام مالك فالقانون المدني الفرنسي وضع سنة 1805 للفرنسيين ولأهل أوربا ، وليس فيه نص واحد مأخوذ من فقه أحد الأئمة » نشر في المقطم بتاريخ 7/23/سنة 1943 .

ولقد بلغ من جرأتهم على الحق وإنكاره أن كتب أحد العلماء ردًّا على من قال : « إن أحكام القانون المدني الفرنسي مأخوذة من التشريع الإسلامي ، وهو كثير وواضح للمحققين » فقال : « لم يذكر لنا نصًّا واحدًا (واحدًا فقط) من هذا الكثير ، ولم يذكر لنا اسمًا واحدًا (واحدًا فقط) من المحققين الذين يعرفون الأحكام الشرعية المأخوذة في القانون الفرنسي ، بل زاد في تحديه أن طلب حكمًا واحدًا ، ونعى عليهم أنهم ليسوا من رجال القانون حتى يكون قولهم حجة إلخ .

ونحن لا نرد عليه بمثل واحد بل بتسعة أعشار نصوص القانون الفرنسي المدني في كتابنا هذا (المقارنات) ، ونقول له في أذنه : على رسلك فليس الأخذ من مذهب الإمام مالك وليد سنة 1805 . لا يا سيدي بل منذ سنة 200 من الهجرة يوم كان يُحْكَم به في أوربا وكان الأندلس منار العلم ، وكانت أوربا في جهالة عمياء يبيعون الإقطاعية بما عليها ومن عليها ، ويوم أن كان لا يتزوج عامل في إقطاعية بامرأة إلا بعد أن تمر على السنيور ، وكلما مكثت في منزله زاد شرف الخطيب . في غياهب الجهل ومجاهل التوحش دخل الإسلام أوربا ، وحكم أهلها ، وأسس فيها قواعده العادلة ، ووفد على الأندلس جميع سكان أوربا يغترفون من النور والعلم وأسس الحياة الصحيحة . هناك يا سيدي كان مذهب مالك أدخله فيها زياد بن عبد الرحمن القرطبي الملقب بـ (شبطون) [1] وهذا في حكم هشام بن

---

(1) شبطون الفقيه الإمام مفتي الأندلس ، أبو عبد الله زياد بن عبد الرحمن بن زياد بن عبد الرحمن بن زهير ابن ناشرة ، اللخمي الأندلسي ، صاحب مالك . سمع من معاوية بن صالح القاضي وتزوج بابنته ، ومن يحيى ابن أيوب ، واللَّيث ، ومالك . وبه تفقه يحيى بن يحيى الليثي وكان إمامًا عالمًا ورعًا كبير الشأن ، أراده هشام صاحب الأندلس على القضاء فأبى ، وكان هشام يكرمه ، ويخلو به ، ويسأله ، مات سنة ثلاث وتسعين ومائة ، وقيل : مات سنة تسع وتسعين ومائة (سير أعلام النبلاء 199/8 ، شجرة النور الذكية ص 263 رقم 42) .

عبد الرحمن [1] (سنة 171 هـ 180 هـ) ، فلم تأت سنة مائتين هجرية حتى تقلص ظل مذهب الأوزاعي [2] ، وساد المذهب المالكي في الحكم والقضاء .

أما ما ذُكِر من أصول مأخذ القانون الفرنسي مما تعرفه أنت ودرسته أنا فهو نتيجة إجماع سكوتي من أعداء التشريع الإسلامي يتناقله علماء القانون الوضعي جيلًا بعد جيل ، ولا يذكرون التشريع الإسلامي حتى كأنه ما كان موجودًا في الوجود فإن ذكرت لك أن انعقاد البيع ولزومه يتم بالإيجاب والقبول فقط وتنتقل الملكية للمشتري بذلك ، وأن انتقال الملكية للموكل بمجرد تعاقد الوكيل ، وأن البلوغ القانوني حده 18 سنة ؛ وأن من نتائج حُكْم إلغاء العقد أن عديم الأهلية ليس مُلْزَمًا برد ما قبضه من الطرف الآخر إلا إذا استفاد به وصان ماله وإلا فلا رجوع عليه ؛ لأن من تعاقد معه سَلَّطَه على ماله فهو المفرط ؛ وأن موت أحد المتعاقدين لا يبطل العقد إلا إذا كان أحد الطرفين ملحوظا في العقد كالشركة والوكالة وإيجار العمل ؛ وأن أداء ما ليس بواجب يُلْزِم من أخذ برد ما أخذ إلخ . فماذا تقول ؟ وهذه قطرة من بحر . كل هذا منقول من مذهب الإمام مالك وهو في القانون المدني الفرنسي ، فهل هذا مأخوذ من القانون الروماني ؟ كلا ! لأن حكم هذه الأشياء معروف في القانون الروماني ، وقد طارده وأماته التشريع الإسلامي في البلاد التي نشر ظله الوارف فيها . أخيرًا هو الكره والداء الدفين للإسلام وتشريع

---

(1) هشام بن عبد الرحمن بن معاوية الأمير أبو الوليد المرواني . بويع بالملك بالأندلس عند موت والده سنة اثنين وسبعين ومائة ، وعمره إذ ذاك ثلاثون سنة ، فإنه ولد بالأندلس وكان متدينًا ورعًا يشهد الجنائز ، ويعود المرضى ، ويعدل في الرعية ، ويكثر الصدقات ويتعاهد المساكين ولما احتضر ، عهد بالأمر إلى ولده الحكم ومات في صفر سنة ثمانين ومائة ، وله سبع وثلاثون سنة (سير أعلام النبلاء 516/7) .

(2) عبد الرحمن بن عمرو بن يحمد شيخ الإسلام وعالم أهل الشام أبو عمرو الأوزاعي ، كان يسكن بمحلة الأوزاع بدمشق ثم تحول إلى بيروت حتى مات بها وكان مولده ببعلبك . حدث عنه عطاء بن أبي رباح ، ومكحول ، وقتادة ، وعطاء الخرساني وابن المنكدر ، وميمون بن مهران وخلق كثير من التابعين وكان مولده في حياة الصحابة ، روي عن : ابن شهاب الزهري ، ويحيى بن أبي كثير وهما من شيوخه ، وشعبة ، والثوري ومالك ، وابن المبارك ، قال البخاري : لم يكن من الأوزاع بل نزل فيها . قال إسحاق بن راهويه : إذا اجتمع الثوري والأوزاعي ومالك على أمرٍ فهو سنة ، وكان له مذهب مشهور عمل به فقهاء الشام مدة ، وفقهاء الأندلس ثم فني : مات سنة إحدى وخمسين ومائة ، وقيل : سنة سبع وخمسين ومائة (سير أعلام النبلاء 86/7 : 104 ، شذرات الذهب 1/ 204 : 242 ، معجم المؤلفين 105/2) .

الإسلام وللمسلمين . ولكن إن للدين ربًّا يحميه .

ويقولون أيضًا وما أكثر ما يقولون (ولقد كان السلف الصالح من كبار الفقهاء المجتهدين من اليقظة والبصر بالأمور إلى الحد الذي جعل الفقه في أيديهم يتطور حتى يساير الظروف ، ويجاري تغاير العصور ، ويتمشى مع الحاجات المتجددة) ولهذا يا سيدي أسسوا اجتهادهم على أسس وقواعد ثابتة تصلح لكل زمان للاجتهاد في استخراج أحكام الحوادث المتجددة . هذا إقرار بالواقع ، ولعل القائل يحتفظ بما يقول لكن للأسف قال : « حتى شاء اللّه أن تقف حركة الاجتهاد ، ولم يكن من وقوفها بأس ، بل لعل الخير كان في هذا الوقوف بعد أن استكمل الفقه من المقدمات ما جعله صالحًا للتطبيق في عصور لاحقة قريبة » .

إن وقوف حركة الاجتهاد لا خير فيه يا أستاذ لأنها جعلت لأمثالكم الادعاء بأن الفقه الإسلامي جامد والناس تسير ، وأنه يجب تركه لما تدعون إليه من شرائع وضعية . وهذا القول يتنافى مع ما قبله ومع لاحقه حيث تقول : « ولم تكن الظروف قد لحقها من التغيير ما ينقلب معه الفقه بعيدًا عن زمنه » وهذا تعليله أغرب حيث تقول : « لهذا كان إقفال باب الاجتهاد ينطوي على حكمة لم يكن من العسير فهمها إذ وضع حدا لتضارب الأقوال وتغاير المذاهب وتشتت الآراء » . وهذا أيضًا فهم خاطئ يدل على عدم فهم روح التشريع الإسلامي ؛ لأن الاجتهاد بابه مفتوح ، وفقط يا سيدي يُشْتَرط في المجتهد شروط يجب تحققها وهي مذكورة بإيضاح في مقدمة هذا الكتاب ، وفي كتب الأصول يعرفها من يعرف التشريع الإسلامي ، وقَفْل باب الاجتهاد في فهم القوانين وتطبيقها على الحوادث المتجددة دليل على موتها وجمودها ، وهذا من قبيل الاستدلال بالأضداد ، لأن في القوانين الوضعية التي درستَها وتبشر بها وفي شراحها ما يجعل الحق غير ما تقول ، بل تجد المسألة الواحدة كتب عليها كثيرون من العلماء ، وكل له رأيه . ولا أدري في أي وضع يكون الاجتهاد أدعى لإهمال القانون المجتهَد فيه ، والظاهر أنه اختلط الأمر على حضرة الأستاذ في الاختلاف في فهم القانون مع بقائه بعينه ، والاختلاف في شرح المسألة الحادثة وتطبيق القانون عليها حتى أردت أن تريح العالم من تغاير المذاهب وتشتت الآراء .

ثم قال : « وكان على الفقه بعد ذلك أن يستكمل حظه من الاستقرار بعد أن استوفى نصيبه من التطور » . وكيف يتلاقى هذا مع قولكم: « إن الفقه الإسلامي ساير الظروف وجارى تغاير العصور إلخ » ؟! اللّهم إن هذا إظهار لمكنون النفس المستقر في خبايا الجوانح من التنصل من تشريع لا عيب فيه إلا أنه تنزيل من حكيم حميد . ثم بعد ذلك ينعي على التشريع الإسلامي ، ويندب حظه ، ويبرر خروج المسلمين عليه فيقول : « وقد دار الزمن دورته والفقه الإسلامي واقف » . ولعله كان الواجب أن يسير وحده بلا عمل ، (العالم يمشي وهو جامد ، والحضارة تتطور وهو ساكن فبَعُد عن الحاجات المتجددة) .

أنت أدرى يا سيدي الأستاذ لمَ وقف ؟ لأن من تنطق بحجتهم ومن اعتنقت مذهبهم طاردوه في كل مكان ، ولكن أصوله باقية وخالدة على الدهر لا تطفأ ﴿ يُرِيدُونَ أَن يُطْفِـُٔواْ نُورَ ٱللَّهِ بِأَفْوَٰهِهِمْ وَيَأْبَى ٱللَّهُ إِلَّآ أَن يُتِمَّ نُورَهُۥ وَلَوْ كَرِهَ ٱلْكَٰفِرُونَ ﴾ [1] .

ثم قال : « فأصبح من العسير على الأمم العربية في العصر الحاضر أن تستقي منه قوانينها الحاضرة » . وقوّاكم اللّه في الإتيان بالبدل فأنتم وأمثالكم داعون للقوانين الوضعية ، وهذا هدم للتشريع الإسلامي إن بقي فيه شيء لم يهدم من أعدائه ومن احتلوا بلاد المسلمين .

ثم قال : « فأَخَذَت تهجره واحدة بعد الأخرى ، ولجأت إلى القوانين الغربية الحية لتماشي مدنية العصر ، ومن هنا نشأت أزمة الفقه الإسلامي » . لا يا سيدي الأستاذ لم تهجر الأمم العربية التشريع الإسلامي كراهية فيه أو لعدم صلاحيته للزمن ، ولكنها أكرهت من عدوها الذي احتلها على تركه واستبداله بقوانينه . أظن الأستاذ يشاهد البلاد العربية التي لم يحتلها أجنبي تحكم بالتشريع الإسلامي (اليمن والحجاز) .

ثم قال : « فيحتاج إلى جهود جبارة ووقت طويل حتى يعود الفقه الإسلامي إلى مجده الأول ، وينفض عنه غبار الجمود الذي تراكم عليه فيسترد قوته ورونقه ، ويعود جديدًا وفقهًا خصبًا قويًّا) .

أدركنا يا رب العالمين من عبادك والطف بنا وبهم في هذه الدنيا ، إنك أنت

(1) سورة التوبة الآية رقم 32 .

اللطيف الخبير . هذا الذي يمهد السبيل لإصلاح الفقه الإسلامي لو أنه تبنى بحثًا منه ودافع عنه لظن الناس خيرًا وقبلوا هذه الدعوى ، ولكن رجلا تبنى نظرية (لامبير) ونقل لنا أسمالا بالية من عدة تشاريع وضعية ، وخاطها لنا قانونًا مدنيًّا ، وقال في مادته الثانية ما يأتي :

« فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين إلخ » . لا يصح أن يكون حَكَمًا ولا يؤخذ قوله حجة .

والواجب أن يقول الأستاذ بلغة العرب الفصيحة: إنني أدعو العرب لهجر التشريع الإسلامي في بلاد الإسلام حتى تعود إليه الحياة ويعود فقها خصبًا قويا . لأن الرجل يُلْزِم القاضي بقانونه أن يُحَكِّم العادة قبل أن يُحَكِّم التشريع الإسلامي ؛ لأنه يجهله أو يعاديه .

إن أعداء التشريع الإسلامي أخذوا منه ما لذ وطاب ، ولم يقل أحد منهم هذه الأقوال ؛ لأنهم درسوه وعرفوا قيمة أصوله وقواعده ، ولكنهم سكتوا عن ذكره سكوت أهل القبور ، وعملوا على محوه وتعطيله في كل قطر دخلوا فيه ، وتركوا من أبناء هذه الأقطار داعين لتشريعهم الوضعي فيها ، وهي حقيقة مرة يعرفها من ألقى السمع وهو شهيد .

أيها الأستاذ إن التشريع الإسلامي حي حياة إلهية ولو لم يرق في نظرك فلست أكثر حولا ولا طولا ممن محوه من بلاد الإسلام ، وأدخلوا قوانينهم ، وحكموا بها ، وألزموها المسلمين قهرًا وبلا ذنب إلا احتلالهم . إن علماء التشريع الإسلامي قد أصبحوا والحمد لله يضارعون في تفكيرهم وفهمهم أكبر عالم من علماء القوانين الوضعية ، ولو سألتموهم عن أي قاعدة لبهركم وأخذ عليكم مجامع تفكيركم الوضعي ما يجيبون به ، ولكن ما تدَّعون من علم ومعرفة قد جعلكم في نظركم على الأقل أعلم مخلوق وأكبر مشرع والله يقول : ﴿ وَمَآ أُوتِيتُم مِّنَ ٱلْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ﴾ [1] ونصيحتي إليكم أن ترجعوا إلى التشريع الإسلامي ، وفيه ما فوق

(1) سورة الإسراء الآية رقم 85 .

الكفاية فتعلموه ، وابحثوا وبشِّروا به في كل مكان يعظم شأنكم ، ويرضى عنكم ربكم ، فلستم بمعجزي اللّه في الأرض ، ولو شاء لسلبكم ما تدعون ، وليس ذلك على اللّه بعزيز .

ثالثًا – ما يجب على المسلمين في بقاع الأرض وما يجب : على رجال التشريع في البلاد التي ابتليت بالاحتلال الأجنبي .

أولًا – يجب على المسلمين في جميع بقاع الأرض التمسك بتشريعهم ، والعمل على إحلاله محل التشريعات الوضعية التي أجبروا على العمل بها ، وتطبيق قوانينهم على أصول التشريع الإسلامي فإن وافقها ارتضوا العمل بها وإلا عملوا على استبدالها بغيرها من كتاب اللّه وسنة رسوله والإجماع والقياس ، فإن لم يفعلوا – وكانوا قادرين بلا سلطان لأحد عليهم – كانوا خارجين على دينهم ، وكانوا مصداقًا لقول اللّه ﷻ في سورة المائدة : ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَٰفِرُونَ ﴾ (1) ، ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ (2) ، ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴾ (3) ، والحكم على الحاكم ، وعلى المحكوم الرضا والقبول ، بل كانوا غير محبين لدينهم ولنبيهم فوَصْفُهم بالمسلمين لا حقيقة له ، وهو ادعاء كاذب ؛ لأن الإسلام ليس عقيدة التوحيد فقط بل هو عقيدة وعمل ، ويقول اللّه في سورة آل عمران : ﴿ قُلْ إِن كُنتُمْ تُحِبُّونَ ٱللَّهَ فَٱتَّبِعُونِى يُحْبِبْكُمُ ٱللَّهُ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝٣١ قُلْ أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ فَإِن تَوَلَّوْا۟ فَإِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْكَٰفِرِينَ ﴾ (4) ويقول اللّه جل شأنه تأكيدًا في سورة النساء : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا۟ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا ﴾ (5) .

ثانيًا – ما يجب على رجال التشريع في البلاد التي ابتُليت بالاحتلال الأجنبي (كمراكش (6) ، والجزائر ، وتونس ، وطرابلس ، ومصر ، وفلسطين ، وسورية ،

---

(1) سورة المائدة الآية رقم 44 .

(2) سورة المائدة الآية رقم 45 .

(3) سورة المائدة الآية رقم 47 .

(4) سورة آل عمران الآية رقم 31 ، 32 .

(5) سورة النساء الآية رقم 65 .

(6) مراكش : بالفتح ثم التشديد وضم الكاف وشين معجمة ، أعظم مدينة بالمغرب وأجلها ، وكان أول من =

ولبنان ، وتركيا ، والعراق) وكانت تحكم بالتشريع الإسلامي فلما دخلها الاحتلال دخل معه قانونه فهو القوي الحاكم ، والسكان ضعفاء محكمون فتضيع شخصيتهم القانونية في القوانين الدخيلة في بلادهم حيث يسعى المحتل إلى العمل على تلاشي قوانين البلاد إما دفعة واحدة نتيجة لفتح عسكري ، وإما تدريجيًّا في غير ذلك ، وسرعان ما يحتضنون من يدرسون قوانينهم فتكون لهم الحظوة في الدنيا ومغرياتها ، ويصب المحتل جام غضبه على رجال التشريع الإسلامي فيضيق عليهم الرزق ، ويسد عليهم مسالك الحياة . وهكذا يثبت تشريعه الدخيل ، ويلاشي القوانين القومية ، وسرعان ما يقوم من أبناء الأمة المحتلة من يتبنى هذه القوانين ، ويدافع عنها ويعتز بها ، وهو جاهل لا يدري من تشريعه شيئًا ، ويعتقد أنه المفرد العلم ، بل ويتعالى في ذلك أكثر من أصحاب هذه القوانين التي يطالب أهلها بإصلاحها في كل وقت ؛ لأنها تتغير حسب تقلب الأحوال والأوضاع .

وهذه البلاد المحتلة قسمان : قسم بقي في ذل الاستعمار فهو مغلوب على أمره ، ونرجو اللّه مالك الملك أن يفك أغلالهم وأن يرد إليهم حريتهم ؛ فيعودوا إلى تشريعهم الإسلامي مهما كان الزمن ؛ لأن اللّه وحده هو المتصرف في ملكه ، وهو الحافظ دينه ولو كره المبطلون ، وقسم خرج من ذل الاستعمار (نوعًا ما) فأصبح له متشرعون ، وفيهم عقل وحكمة ، وله برلمان يتولى إقرار هذه التشريعات أو رفضها (كمصر ، والعراق ، وسورية ، ولبنان) بنواب منتخبين ، وفي هذه الأمم علماء متشرعون إسلاميون مجتهدون على الإطلاق أو مقيدون بمذهب من مذاهب المجتهدين السابقين، وهم من الطراز الأول في فهم أصول التشريع الإسلامي (سنيون [1]

= اختطها يوسف بن تاشفين من الملثمين الملقب بأمير المسلمين في حدود سنة 470 بينها وبين جبل درن الذي ظهر منه ابن تومرت المسمى بالمهدي 3 فراسخ وهو في جنوبها (معجم البلدان جـ 111/5) .

(1) السنيون : السنة معناها الطريقة المعتادة أو النمط أو القانون . وتستخدم الكلمة في القرآن في مناسبتين هما : ﴿ سُنَّتَ ٱلْأَوَّلِينَ ، سُنَّةَ ٱللَّهِ ﴾ وكلا التعبيرين مترادفان نظرًا لأنهما يشيران إلى ما أنزل اللّه من العذاب بالأمم الخالية ممن كذبوا ، وأما في الحديث فالمفهوم عادة من السنة أنها سنة محمد ﷺ . غير أن هذا المصطلح يستخدم بوجه خاص مقابل الشيعة ، فيما يشير إلى الانقسام التاريخي الذي حدث بين الفريقين في موضوع الإمامة وبعض المبادئ الأخرى . (الموسوعة الإسلامية الميسرة 480/1 : 482) .

وشيعة[1]) ، فهؤلاء لا عذر لهم عند اللّه ولا عند الناس في إبقاء القوانين الوضعية عندهم ، وإني أسوق كلامي لرجال مصر أولًا ثم لجيراننا الأعزاء علينا ثانيًا .

أولًا - إلى رجال القضاء : وهم يتلمسون الحقيقة ليشيِّدوا صرح العدل بالقسطاس المستقيم . هل عرفتم أن ما تحكمون به غير مأخوذ عن التشريع الإسلامي إلا ما قل ؟ وقد كنا نسمع أن بعض المستشارين كان يغضب في المحاكم المختلطة لعدم كتابة الأحكام باللغة العربية لغة البلاد ، ويثير الدنيا ويقعدها . أفلا يستحق التشريع الإسلامي غضبة كهذه ليحل محل تشريع دخيل علينا فتكون لنا شخصية قانونية ومراجع نتغذى منها بدل أن نعمل قانونًا مدنيًا على أنقاض القانون الماضي نأخذه من عشرين تشريعًا أجنبيًا !! ستعرفون أن قانوننا المدني مرجعه التشريع الإسلامي متى قرأتم كتاب المقارنات .

ثانيًا - إلى رجال البرلمان : وهم يبحثون القوانين المعروضة عليهم لتخرج إلى الأمة واجبة النفاذ بسلطان القانون .

هل راجعتم قانون الدولة الأساسي من أن دين الدولة الرسمي هو الإسلام؟ وهل احتفلتم مع الأمة بأول السنة الهجرية ، وبالمولد النبوي ، وبرمضان ، والعيدين ؟! هل تعتقدون أن من أولاكم ثقته من أبناء مصر المسلمين كان يعتقد أنكم تقرون قانونا يتلاشى به حكم التشريع الإسلامي ؟ وهل اليمين الذي أقسمتموه على احترام الدستور - وفيه أن دين الدولة الإسلام - يبرر إقرار التشريع المخالف للتشريع الإسلامي ؟! وهل هذا عمل من شأنه أن تبقى مصر زعيمة الشرق وأم المسلمين تغذيهم بما حفظت لهم من تراث الإسلام في الأزهر الشريف وكلياته ؟!!! تاللّه إنها لمتناقضات !! (حُكم بغير ما أنزل اللّه ودين الدولة الإسلام ، وامتداد لقوانين دخيلة تهدم كياننا القانوني وتشريعنا الإسلامي) .

يا نواب الأمة لا يغرنكم من يدَّعون العلم والمعرفة ويشرِّعون ويقدمون لكم ، بل ابحثوا ما قيل ، وارجعوا إلى ضمائركم وتشريعكم السماوي ، وهل تستمرون أمة

---

(1) الشيعة : الاسم العام الذي يطلق على مجموعة كبيرة من الفرق الإسلامية المختلفة جدًا ، نقطة البدء فيها جميعًا الاعتراف بأن عليًا هو الخليفة الشرعي بعد وفاة النبي ﷺ .

ضائعة عالة على أوربا ، ومن يقول في أوربا ، وما يأتي من أوربا تقليدًا أعمى ؟! .

يا نواب الأمة إن لنا تشريعًا سماويًّا فأحيوه . أجيبوا داعي اللّه إذا دعاكم لما يحييكم واعلموا أن أعداء الدين أعداء الإسلام ﴿ يُرِيدُونَ لِيُطْفِئُوا نُورَ اللَّهِ بِأَفْوَاهِهِمْ وَاللَّهُ مُتِمُّ نُورِهِ وَلَوْ كَرِهَ الْكَافِرُونَ ﴾ [1] فكونوا أنصار اللّه بنصرة دينه وبعث تشريعه ، وارجعوا لأهل العلم فاسألوهم عما خفي عنكم إن كنتم لا تعلمون ، وليس ذلك بمعيب فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون .

ثالثًا – إلى علماء الدين : بل إلى علماء التشريع الإسلامي ، ليس لمثلي وهو أقل واحد فيكم اطلاعًا على حكم عدم تبليغ الدين ، وعلى حكم الساكت عن الحق ، وعلى حكم عدم بيان الدين في المعاملات والأقضية والشهادات فأنتم أدرى مني بذلك .

ستعرفون بعد مراجعة (المقارنات) هذه أنه يجب أن تفيقوا وتحققوا أمل الأمة فيكم ، حيث أنتم أهل الحل والعقد فيها . أنتم مسئولون أمام اللّه وأمام الأمة وأمام التاريخ . ألا قد بلغت اللّهم فأشهد .

ولكن أسمح لنفسي أن أذكركم بأن السكوت على هذا الحال في التشريع الإسلامي وحصره في دائرة ضيقة في بلد إسلامي لا يحكم به إلا في الأحوال الشخصية –كالديانة المسيحية في مجلسها الملي ، وكالديانة اليهودية في بيعتها – لا يرضي اللّه ولا رسوله ، ولا ما يجب عليكم من البيان والتبيين ورد كل عادية عنه من هؤلاء الثرثارين المدعين العلم والمعرفة وأنتم سكوت .

ليت هذه التشريعات الوضعية أتت بجديد عليكم لم تدرسوه ، وبأفكار خارقة للعادة لم تسمعوها ، وبقوانين أرقى للبشرية من التشريع الإسلامي الذي درستموه . لو كان هذا لهان الأمر ، وكنتم أصحاب حجة عند اللّه وعند الناس ، ولكنه هو التشريع الإسلامي مصقولا مبوبًا مبحوثًا بعلله العقلية وأسسه المنطقية ، ولكي لا يكون لكم حجة في جهل اللغات الأجنبية ها هو هذا التشريع بين أيديكم بلغتنا العربية الفصحى ، غزلت لكم أصوله لتنسجوا ، وقدمت لكم سداه ولحمته

---

(1) سورة الصف الآية رقم 8 .

لتخيطوا ما تشاءون .

فكروا قليلًا ثم قارنوا بين مسئوليتكم أمام اللّه فيما فرطتم فيه واستكنتم وبين إرضاء أشخاص تخشون بأسهم لعرض الدنيا ، أو بين عدم سماع قولكم فتخشون الناس ، واللّه أحق بالخشية من مخلوقاته فهو القوى العزيز . وإليكم كتاب المقارنات لتتبينوا الحقيقة . وصلى اللّه على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

سيّد عبد اللّه



بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

الحمد للّه أستمد منه القوة والتوفيق ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي الأمي الهادي إلى أقوم طريق ، وبعد فهذه مقارنات وضعتها بين فقه القانون المدني الفرنسي وبين فقه مذهب الإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة النبوية ، أقدمت عليها بعد جدال عنيف مع نفسي لعجزي عن مثل هذا العمل العظيم ، ولعلمي أنه قد يؤخذ بغير عين الرضا ممن تشبعوا بدراسة القوانين الوضعية ، واستسلمت أنفسهم لقيادتها ، ولم يعرفوا عن التشريع الإسلامي إلا أنه كان تشريعًا قديمًا ، وأصبح غير معمول به .

وقد كان الباعث الأقوى والملزم الذي لم أجد مفرًّا من إجابته ما لمسته ورأيته في الأوساط الجامعية الأوربية من النقل عن الشريعة الإسلامية أحكامًا يتخذونها معايب يلصقونها بالإسلام وهو منها براء ، ويتلقى أبناء المسلمين عنهم تلك الأفكار المسمومة ، ولا قدرة لهم على درئها لجهلهم بدينهم وتشريعهم .

وقد أجمع المتشرعون الوضعيون إجماعًا سكوتيًّا قاطعًا على عدم ذكر التشريع الإسلامي كتشريع ملأ طباق الأرض عدلا وعلمًا ، وقد كان يُحكَمُ به في بلادهم مئات السنين يوم أن كانوا يتخبطون في ظلمات الجهالة ، وقد كنت كلما تقدمت في الدراسة بجامعتهم أجد النصوص هي النصوص ، بل والتعليل للأحكام عندهم هو التعليل في التشريع الإسلامي خصوصًا في مذهب الإمام مالك ﷺ . والذي ساعدني على ذلك دراستي للعلوم الشرعية الأزهرية على اختلافها خمسة عشر عامًا ، فقد نلت شهادة الأهلية على مذهب الإمام مالك ، ونلت شهادة العالمية على مذهب الإمام أبي حنيفة ، ودرست الحقوق الفرنسية بجامعة ليون بفرنسا . وفيها القانون الروماني وتاريخه ، والقوانين الفرنسية وتواريخها ، ونلت شهادة الليسانس منها .

لهذا رأيت واجبًا عينيًّا على مثلي أن يقدم هذا الكتاب إلى المسلمين جميعًا عامة ، وإلى المتشرعين خاصة ؛ ليعرفوا موقف التشريع الإسلامي من القوانين الوضعية ، وكيف كان منهلًا عذبًا لكل وارد ، وكيف أنكروا فضله ، وسكتوا

حتى عن ذكر اسمه !! فترجمت فقه القانون المدني الفرنسي ، وقارنت أصوله وقواعده بما يوافق أو يخالف ذلك من مذهب الإمام مالك ، فكان ذلك دليلا على ما ادَّعيت من أن القانون المدني الفرنسي [1] (وهو أصل القوانين التشريعية الوضعية) مأخوذ من مذهب الإمام مالك بن أنس ﷺ والله ولي توفيقي عليه توكلت ، وإليه أنيب ، وإليه المصير .

(1) القانون المدني الفرنسي هو مجموعة القوانين الفرنسية الصادرة في عهد نابليون الأول امبرطور فرنسا لإجراء العمل بها في المملكة الفرنسية ، وكان الخديوي إسماعيل قد أمر رفاعة الطهطاوي بترجمة هذا القانون إلى اللغة العربية ، كما أمر قاضيه مخلوف المنياوي بالتعليق عليه من وجهة الفقه المالكي .

[في الأحكام العامة] [1]

بند [1] أصول التشريع

أولًا – التشريع الوضعي : من حق الباحث القانوني أن يعرف مأخذ القانون حتى يتذوق التشريع على أساسه ، فيتمكن من الرجوع إلى أصل ما أُشْكِل عليه من النصوص القانونية ، فيفهم روح التشريع من أصل مأخذه . وقد رتبت جامعات أوربا درس تاريخ القانون قبل دراسة نفس القانون .

لهذا سنأتي بمقدمة من تاريخ القانون المدني الفرنسي لنتبين معرفة أصوله كما يدَّعون ، ومنه نعرف المقارنة الصحيحة بين التشريعين الوضعي والسماوي .

القانون المدني الفرنسي أخذ من عدة أصول تشريعية :

أولًا – القانون الروماني ، وكان معمولا به في مديريات الجنوب من فرنسا إلى سنة 1785 ، وقد أثر فعلًا في شمال فرنسا .

ثانيًا – القانون الجرماني ، وكان معمولا به في شمال فرنسا ، وتفرع عنه قانون العوائد الذي كان معمولا به أيضًا في مديريات الشمال .

ثالثًا – القانون الكنائسي ، وهو قانون الكنيسة الكاثوليكية ، وقد كوَّن أول مجموعة تشريعية في الزواج وما ينشأ عنه .

رابعًا – قانون الملكية المطلقة ، الذي وُجِد بأوامر لويس الرابع عشر [2] و [3] الخامس عشر و [4] والسادس عشر .

---

(1) عنوان مضاف في التحقيق ولا أصل له في الكتاب .

(2) لويس الرابع عشر Louis Xiv : ولد عام 1638 في سان جرمان ، وكان حاكم فرنسا في الفترة من 1643 حتى 1715 حين كان يبلغ من العمر خمس سنوات .

. Dictionnaire EncyelopéFiaue Quillet Lit - No. Editions Quillet. 1990. p. 3928 .

(3) لويس الخامس عشر Louis xv : ولد في فرنسا عام 1710 ابن لويس دوق برجوني وماري اديلايد ، حفيد لويس الرابع عشر وخليفته وتزوج ماري لسيكينسك . وكانت فترة حكمة من 1715 : 1774 . p. 3928 .

(4) لويس السادس عشر Louis xvi : ولد في فرنسا عام 1754 ، ابن لويس وماري جوزيف ، حفيد لويس الخامس عشر وخليفته ، حكم فرنسا من عام 1744 حتى 1792 . ibid .

خامسًا – قانون الثورة ، التي قررت حقوق الإنسان : الحرية ، والإخاء ، والمساواة .

هذه القوانين ساعدت على عمل وَحْدَة قانونية جُمِعَت سنة 1804 . وهو القانون الموجود الآن في سنة 1926 – وإن غُيِّر ، وبُدِّل ، وزِيد ، وأُنْقِص ، وهو المعروف بـ (كود نابليون) [1] .

ولما كان مبنى القانون الفرنسي ، بل ومبنى غيره من القوانين الوضعية (كما يزعمون) هو القانون الروماني فقد رأيت إتمامًا للفائدة وإظهارًا للمقارنة أن أجعل له نصيبًا من المقارنة . فالقانون الروماني هو مجموع الأسس والقواعد التي كان معمولًا بها في الوطن الروماني والمستعمرات منذ تأسيس مدينة (روما) سنة 753 سنة سبعمائة وثلاث وخمسين قبل الميلاد إلى سنة 565 بعد الميلاد ووفاة جوستنيان .

وقد دخل القانون الروماني إلى فرنسا حين غزاها الرومان ، ودخلوها فاتحين سنة 50 قبل الميلاد إلى سقوط المملكة الغربية سنة 476 أربعمائة وست وسبعين بعد الميلاد ، ولم يكن فصل السلطات موجودا كاليوم ، بل كان الحاكم المدني يجمع بين يديه ، بحكم وظيفته ، السلطة القضائية مدنيًا وجنائيًا ، والسلطة الإدارية . وقد كان ينتقل من بلد إلى آخر لإقامة العدل بين سكان مقاطعته حتى كان له الحكم بالإعدام .

ثم سقطت الإمبراطورية الغربية في سنة 476 م ، وجاء حكم فرنك إلى سنة 986م مدة تنظيم الإقطاعيات ، ودخل القانون الجرماني مع هذا الفتح ، وبقي معمولا به إلى سنة 986 تسعمائة وست وثمانين ، ثم جاء دور الإقطاعيات في فرنسا .

وأما قانون العوائد فهو ما كان الحكم فيه للعرف والعادة كأحكام المحلفين في

---

(1) Code de Napoléon هو قانون وضعه نابليون في السادس عشر من إبريل عام 1821 قبل وفاته بوقت قصير (5 مايو 1821) وهو المعروف بالقانون المدني الفرنسي الذي سبقت الإشارة إليه ، وإلى ترجمة رفاعة الطهطاوي له .

فرنسا ، فهم من عامة الشعب لا يعرفون قانونًا ولا نظمًا قانونية ، فيسمعون الاتهام والدفاع ، ثم يسألهم القاضي (هل هذا المتهم مذنب أم لا ؟ فيجيبونه بما يقضي به العرف والعادة ، فإن كان في نظرهم مذنبًا فهو مذنب ، وإلا فلا ؛ فيطلق القاضي سراحه متى أجابوا بأنه غير مذنب - ولو كان فاعلًا معترفًا - لأن العرف يعطيه الحق فيما فعل .

فيمكن إذن أن يقال : إن العرف والعادة هو ما تعارف الناس عليه فيما بينهم أنه يحقق العدالة أولًا . يحققها من غير نكير أو اعتراض من أحد ولو لم يكن الحكم مدونًا في قانون أو لائحة ، فالعرف والعادة قد يكونان من أسس التشريع الوضعي ، بل ومن أسس التشريع الإسلامي بلا نزاع إذا لم يخالفا كتابًا ، أو سنة ، أو إجماعًا ، أو قياسا صحيحًا .

وقانون العوائد كان موجودًا في جنوب فرنسا ، ويشمل أسبانيا والبرتغال غير مدون ولا مكتوب ، ولكنه كان معمولا به محترمًا نافذًا ، وكان مدونًا مكتوبًا في الشمال (شمال فرنسا وألمانيا والبلاد الواطئة) ، وبقيت العوائد معمولا بها حتى جمعت في كود نابليون سنة 1804 وأصبح نافذًا . فيكون القانون الفرنسي المدني ولد ونشأ في أوربا حتى أثمر وانتشر فيها ، وفرض على غيره من المستعمرات ، بل واستعارته ممالك أخرى ، ومنها مصر .

بند [2] ثانيًا : أصول التشريع الإسلامي ومآخذه

أصول التشريع الإسلامي ومآخذه هي :

أولًا - القرآن الكريم ، وهو الكتاب الذي أنزله الله على سيدنا محمد بن عبد الله نبي الله ورسوله فحفظه ، وأقرأه للصحابة فحفظوه ، ودُوِّن بين دفتين ، ويحفظه المسلمون ويتدارسونه ويتناقلونه جيلًا بعد جيل ، وطبقة بعد طبقة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ﴿ إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا ٱلذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُۥ لَحَـٰفِظُونَ ﴾ [1] .

وقد بين القرآن الحكيم فروض الدين ، ونواهيه ، وأمره ، وزجره . وأرشد الناس لتنظيم معاشهم ومعادهم فكان تبيانا لكل شيء ، ونزل القرآن بلغة العرب ، فهو

---

(1) سورة الحجر الآية رقم 9 .

قرآن عربي مبين لكل إنسان أن يقرأه ، ويستنبط منه ما يشاء من أحكام تنطبق على مشاكل العالم ، ويقضي بها في نزاع المتخاصمين وقضايا المتداعين ، ولهذا جاء استنباط الصحابة ثم التابعين ثم الأئمة المجتهدين في استخلاص الأحكام الشرعية فيما ليس فيه نص صريح ؛ لأنه لا اجتهاد مع النص .

غير أن القرآن الكريم لم ينزل على رسول الله ﷺ دفعة واحدة ، بل نزل منجمًا حسب الوقائع والمناسبات ، وحسب ما هو مرتب في علم الله فوُجِدَت فيه أحكام تغيرت من إباحة مطلقة إلى إباحة بقيد إلى منع إطلاقًا كشرب الخمر مثلًا ، فقد كان مباحًا في وقت الصلاة وغير وقت الصلاة ، فقرأ أحد الصحابة في صلاته – وهو شارب (قل يا أيها الكافرون أعبد ما تعبدون) ، وصحة الآية ﴿ قُلْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْكَٰفِرُونَ ۝ لَآ أَعْبُدُ مَا تَعْبُدُونَ ﴾ [1] فحُرِّم الشرب وقت الصلاة ونزل قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ ﴾ [2] فكانوا يشربونها في غير أوقات الصلاة ، فأدى ذلك مرة إلى شقاق بين الشاربين تضاربوا فيه ، وكاد يقتل بعضهم بعضًا ، فقال عمر بن الخطاب [3] : « اللّهم بيِّن لنا في الخمر بيانًا شافيًا » فنزل قول اللّه ﷻ : ﴿ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ إلى ﴿ فَهَلْ أَنتُم

(1) سورة الكافرون الآية رقم 1 ، 2 . (2) سورة النساء الآية رقم 43 .

(3) عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى بن رباح بن قُرط بن رزاح بن عدي بن كعب بن لؤي . أمير المؤمنين أبو حفص القرشي العدوي ، الفاروق . ثاني الخلفاء الراشدين . أمه حنتمة بنت هشام المخزومية . أسلم في السنة السادسة من النبوة وله سبع وعشرون سنة بدعوة رسول اللّه ﷺ (اللّهم أعز الإسلام بعمر بن الخطاب) أخرجه ابن ماجه . قال سعيد بن جُبير : ﴿ وَصَٰلِحُ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ نزلت في عمر خاصة ، وقال ابن مسعود : ما زلنا أعزة منذ إسلام عمر . وقال الرسول ﷺ : لما طلع عليه أبو بكر وعمر : « الحمد اللّه الذي أيدني بكما أخرجه الحاكم . وهو من العشرة المبشرين بالجنة ، وكان زاهدًا ورعًا ، دخل على ابنه عاصم وهو يأكل لحمًا فقال له ما هذا ؟ قال : قَرِمنا إليه (وهي شدة الشهوة إلى اللحم) قال عمر : أو كلما قرمت إلى شيءٍ أكلته ! كفى بالمرء سرفا أن يأكل كل ما اشتهى . فتحت على يديه دمشق ، وفلسطين وقيسارية بالشام ونهاوند ، والاسكندرية ، وهمذان ، وطرابلس ، والمغرب ، والعراق ، والبصرة ، وحمص ، والأردن ، والمدائن . قتله أبو لؤلؤة عبد المغيرة ، طعنه بخنجر له رأسان ، وطعن معه اثني عشر رجلًا مات منهم ستة . ودفن مع صاحبيه بعد أن استأذن أم المؤمنين عائشة ، وكان ذلك في أواخر ذي الحجة سنة 23 هـ وهو ابن 61 سنة . سير أعلام النبلاء 509/2 ، 565 .

مُنتَهُونَ ﴾ [1] . وهكذا كل تشريع حكيم يأتي تدريجيًا ، فيكون فيه ناسخ ومنسوخ ، ومطلق ومقيد ، وعام وخاص ، فلا يمكن لكل شخص أن يستنبط الأحكام الصحيحة من القرآن الكريم إلا إذا استوفى الشروط الآتية فيكون مجتهدًا .

والاجتهاد هو بذل الفقيه وسعه في النظر في الأدلة ليحصل حكمًا يُطَبَّق على حادثة ، والمجتهد الفقيه البالغ العاقل العارف بالدليل العقلي والتكليف به ذو درجة وسطى في اللغة العربية ، وفي الأصول ، والبلاغة ، ومتعلق الأحكام من كتاب وسنة ، وكونه خبيرًا بمواقع الإجماع ، والناسخ والمنسوخ ، وأسباب النزول ، وشرط التواتر والآحاد والصحيح والضعيف ، وحال الرواة . وهذا هو المجتهد المطلق .

والمجتهد المقيد ومجتهد المذهب أقل من المجتهد المطلق ، وهو العالم بأحكام الدين المتمكن من تخريج الوجوه على نصوص إمامه في المسائل المفروضة عليه ، أو المتبحر في مذهب إمامه المتمكن من ترجيح قول له على آخر .

وعلى هذا فباب الاجتهاد مفتوح بشروطه المذكورة ، فلا يأتي من يدعي العلم وهو لا يعرف شيئًا من المعاني ، والبيان ، والبديع ، أو النحو ، والصرف ، أو شروط رواية الحديث إلخ ، ويأخذ الأحكام من القرآن ، وعبثًا تحاول إقناعه بأنه مخطئ فسرعان ما تسمع منه (الأئمة المجتهدون لهم عقول ، ولنا عقول) وهو لا يحسن قراءة القرآن كما أنزل .

والصحيح أن رسول اللّه ﷺ قد اجتهد ، والأصح أن الاجتهاد في زمنه ﷺ وقع .

فمن وجد في نفسه القدرة ، وتوفرت فيه شروط استنباط الأحكام الشرعية فليتقدم ، وإلا وجب عليه تقليد إمام مجتهد فيما ذهب إليه كالإمام مالك أو الشافعي رضي الله عنهم أجمعين .

ثانيًا : السُنَّة – من أصول التشريع الإسلامي ، وهي أقوال محمد ﷺ ، وأفعاله ، وتقريراته . وكل خبر يحتمل الصدق والكذب في حد ذاته ، ولكن خبر اللّه عز وجل وبعض المنسوب إلى سيدنا ونبينا محمد ﷺ ، والمتواتر معنى أو لفظًا – وهو خبر جَمْع يمتنع عادة تواطؤهم على الكذب عن محسوس – كل هذا مقطوع

---

(1) سورة المائدة الآية رقم 91 .

بصدقه .

ولأجل قبول السنة كأصل من أصول التشريع الإسلامي يجب صحة وسلامة وكمال الراوي في الأدب والأخلاق والتدين ، فلا تُقْبَل رواية مجنون أو كافر أو صبي في الأداء لا في التحمُّل . ولا تُقْبَل من مرتكب الكبائر والصغائر حتى والرذائل المباحة ولا من مرتكب كل ما يُبْطِل العدالة ، وقد طبَّق العلماء الأعلام شروط الرواية وتقسيم الحديث ، ووضعوا لذلك علم مصطلح الحديث ، فضُبِطَت أقوال الرسول وأعماله ، ودُوِّنت الأحاديث وعُرِف منها الصحيح والحسن والضعيف . وكُتُب الحديث أصبحت مدوَّنة في كافة بلاد المسلمين ، وأصبح مستحيلًا إدخال أحاديث موضوعة عن الرسول في أي ناحية ، فجزاهم عن الإسلام والمسلمين أحسن الجزاء .

ثالثًا – الإجماع من أصول التشريع الإسلامي ، فهو من الأدلة الشرعية على ما يُقَرر من الأحكام ، وهو اتفاق مجتهدي الأمة بعد وفاة رسول الله محمد ﷺ في زمنٍ على أي أمر شرعي ، والإجماع خاص بالمجتهدين ، فلا يتجاوزهم لغيرهم ، فهم أدرى بمأخذ الدليل الذي يستند إليه الإجماع . ولا بد من اتفاق رأي الكل فتنقضه مخالفة واحد . ولا ينعقد إجماع في زمن الرسول ﷺ لوجوب العمل بقوله ورأيه ؛ فهو المشرع . ويصح الإجماع في زمن الصحابة ومن يليهم إلى يومنا هذا ، ويصح أن يكون إجماعًا سكوتيًا . ولا بد للإجماع من دليل وسند يرتكز عليه ، والصحيح أن الإجماع حجة وأنه قطعي غير السكوتي منه ، حيث اتفق المعتبرون على أنه إجماع ، فلا يجوز خرق ولا إحداث إجماعين متناقضين . ولا يعارض الإجماع دليل إذ لا تعارض بين قاطعين . وجاحد المجمَع عليه المعلوم من الدين بالضرورة كافر قطعًا .

رابعًا – القياس من أصول التشريع الإسلامي ، وهو من الأدلة الشرعية على ما ينتج من أحكام ، وهو حَمْل معلوم على معلوم في حكمه لمساواته في علة حُكْمِه ، وهو حجة في الأمور الدنيوية اتفاقًا ، وفي غيرها خلاف ، ومنعه أبو حنيفة ﷺ في الحدود والكفارات والرخص والتقديرات . والصحيح أنه حجة إلا في الأمور العادية والخلقية ، وإلا في كل الأحكام ، وإلا على منسوخ . والقياس من الدين

لقوله تعالى : ﴿ فَٱعۡتَبِرُواْ يَـٰٓأُوْلِي ٱلۡأَبۡصَـٰرِ ﴾ [1] . والقياس من أصول الفقه ، وهو فرض كفاية على المجتهدين وفرض عين على من احتاج إليه منهم ، وأركان القياس وشروطه محلها علم الأصول ، فمن أرادها فليرجع إليها في كتب الأصول .

بند [3] ترتيب أصول التشريع الإسلامي

وترتيب أصول التشريع الإسلامي وأخذ أحكامه أن يؤخذ الحكم أولًا من القرآن ، فإن لم يوجد فمن السنة ، فإن لم يوجد فمن الإجماع ، فإن لم يوجد فمن القياس .

على هذه الأسس والأصول وُجِدَ وقام التشريع الإسلامي ، ففي مدة وجود الرسول ﷺ كان أساس التشريع القرآن ، ثم إذا لم يوجد يؤخذ من سنة الرسول لقوله تعالى : ﴿ وَأَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلذِّكۡرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيۡهِمۡ ﴾ [2] ، وبعد وفاته ﷺ وُجِد الإجماع ثم القياس ، فانفتح باب الاجتهاد ، وانقطع الأئمة المجتهدون للفتيا ولاستنباط الأحكام ! وقد وصلنا عنهم تركة غنية جدًّا بأصول التشريع وقواعده ، وحكم الفروع ، والقضاء في الحوادث بما لا يحتمل استزادة .

والأصل في هذا الترتيب أن رسول اللّه ﷺ بعث معاذ بن جبل [3] إلى اليمن ليحكم فيها ، فقال : له بماذا تحكم ؟ قال : بكتاب اللّه . قال : فإن لم تجد ؟ قال : بسنة رسول اللّه . قال : فإن لم تجد . قال : أجتهد برأيي . فقال عليه الصلاة والسلام : الحمد للّه الذي وفق رسول رسوله لما يرضى به رسوله [4] .

---

(1) سورة الحشر الآية رقم 2 .   (2) سورة النحل الآية رقم 44 .

(3) معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس بن عائذ بن عدي بن كعب بن عمرو بن أُدَيّ بن أسد بن ساردة بن يزيد ابن جُشم بن الخزرج . أسلم وهو ابن ثماني عشرة سنة ، وشهد بدرًا والعقبة والمشَاهد . كان من أكثر الناس علمًا وفقهًا ومن أكثر شباب الأنصار حلمًا وحياء وكرما . قال عنه النبي ﷺ : « خذوا القرآن من أربعة : ابن مسعود ، وأُبيّ ، ومعاذ بن جبل ، وسالم مولى أبي حذيفة » البخاري وقال عنه ﷺ : « أرحم أمتي بأمتي أبو بكر ، وأشدها في دين اللّه عمر ، وأصدقها حياءً عثمان ، وأعلمهم بالحلال والحرام معاذ ، وأفرضهم زيد ، وأقرأهم أُبيّ ، ولكل أمة أمين وأمين هذه الأمة أبو عبيدة » الترمذي . توفي معاذ بقصير خالد من الأردن سنة سبع عشرة ، وقيل : ثمان عشرة وهو ابن ثمان وثلاثين سنة . سير أعلام النبلاء 278/3 ، 279 .

(4) صحيح البخاري كتاب الزكاة باب 63 .

فأساس التشريع الإسلامي مبني على بعثة رسول اللّه محمد ﷺ وانبثاق نور الإسلام في جزيرة العرب ، فالقرآن أول ما أنزل ، وهو كلام اللّه القديم الذي وصفه اللّه ﷻ بقوله : ﴿ لَّا يَأْتِيهِ ٱلْبَـٰطِلُ مِنۢ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِۦ ۖ تَنزِيلٌ مِّنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ ﴾ [1] . وأكد جل شأنه أنه حافظه بقوله : ﴿ إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا ٱلذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُۥ لَحَـٰفِظُونَ ﴾ [2] . وقد مضى على وجوده مقروءًا محفوظا أزيد من 1360 عامًا ، لم يزد فيه حرف ولم ينقص منه حرف ، تناقله المسلمون في بقاع الأرض شرقًا وغربًا بالإجماع المطلق بلا خلاف . ومدة نزوله انحصرت بين مكة والمدينة في ثلاثة وعشرين عامًا ، لم يثبت أن النبي ﷺ سافر إلى جهة نائية ليتعلم فيها بل كان أميًّا لا يقرأ ولا يكتب ، وكان قائمًا بتبليغ رسالة ربه إلى قومه ثم إلى الوفود ، ثم هاجر إلى المدينة ، فكان يتلقى الوحي من ربه ككل الأنبياء والرسل ، ثم يقرؤه للصحابة فيحفظونه عن ظهر قلب ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلرَّسُولُ بَلِّغْ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكَ مِن رَّبِّكَ ۖ وَإِن لَّمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُۥ ﴾ [3] ﴿ وَلَوْ تَقَوَّلَ عَلَيْنَا بَعْضَ ٱلْأَقَاوِيلِ ﴿٤٤﴾ لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ ﴿٤٥﴾ ثُمَّ لَقَطَعْنَا مِنْهُ ٱلْوَتِينَ ﴿٤٦﴾ فَمَا مِنكُم مِّنْ أَحَدٍ عَنْهُ حَـٰجِزِينَ ﴾ [4] .

ولم يثبت في التاريخ أن الرسول محمدا ﷺ سافر إلا إلى الشام في تجارة للسيدة خديجة [5] وكان قبل بعثته وكان مع رفقة ، منهم من آمن به ومنهم من كذبه ، فلو كان قد سافر للتعلم لأثبتوا عليه ذلك ، وقامت لهم عليه الحجة ، ولكنه كان مرسلا من ربه ، فكان لا ينطق عن الهوى ﴿ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْىٌ يُوحَىٰ ﴿٤﴾ عَلَّمَهُۥ شَدِيدُ ٱلْقُوَىٰ ﴾ [6] .

---

(1) سورة فصلت الآية رقم 42 .
(2) سورة الحجر الآية رقم 9
(3) سورة المائدة الآية رقم 67 .
(4) سورة الحاقة الآية رقم 44 – 47 .
(5) هي أم المؤمنين أم القاسم ابنة خويلد بن عبد العزى بن قصي بن كلاب القرشية الأسدية . أم أولاد رسول اللّه ﷺ وأول من آمن به وصدَّقه قبل كل أحد ، وثبتت جأشه ومضت به إلى ابن عمها ورقة ، ومناقبها جمَّة . وهي ممن كَمُل من النساء . كانت عاقلةً جليلة دينة مصونة كريمةً ، من أهل الجنة ، وكان النبي ﷺ يثني عليها ، ويفضِّلها على سائر أمهات المؤمنين ، ويبالغ في تعظيمها ، ومن كرامتها عليه ﷺ أنها لم يتزوج امرأة قبلها ، وجاءه منها عدة أولاد ولم يتزوج عليها قط ، وكانت تنفق عليه من مالها ويتجر هو ﷺ لها . توفيت قبل الهجرة بثلاث سنوات سير أعلام النبلاء 419/3 : 424 .
(6) سورة النجم الآية رقم 4 ، 5 .

إن العقل السليم يحيل أن يبعث اللّه رسولا يأتمنه على وحيه وتبليغ رسالته ، ثم يكون كاذبًا . وعلى هذا يكون التشريع الإسلامي المأخوذ من القرآن والسنة والإجماع والقياس بعيدًا كل البعد عن القوانين الوضعية لبُعْد منشأه ، واستقلال وجوده ، وانقطاع اتصاله بأي تشريع وضعي ؛ فجزيرة العرب لم يكن بها إذ ذاك قانون سوى عرف العرب في التحاكم إلى رؤساء القبائل ، والطاعنين في السن ، والمجربين في الحياة ، والمحنكين في فض الخصومات . على أن هذا لا يعني أن التشريع الإسلامي ليس فيه أحكام وُجِدَت في شرائع كانت قبله ، بل فيه أحكام كانت في شرائع سابقة فقَبلها وأقرَّها ؛ لأنها تحقق العدالة ، وهو ما ينشده كل تشريع لخير البشر . وقال المتشرعون المسلمون المجتهدون : « شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد فيه ناسخ » .

وبالرجوع إلى مواطن بعض أئمة الإسلام المجتهدين الباقية مذاهبهم للآن سنة 1364 هـ 1945 م نجد الإمام مالك بن أنس عاش في المدينة المنورة واجتهد فيها ، والإمام أبا حنيفة ، والإمام أحمد بن حنبل [1] عاشا بالعراق واجتهدا فيه ، والإمام الليث بن سعد [2] ، والإمام الشافعي انتهت حياتهما في مصر فاجتهدا فيها . على أن اجتهادهم كان مقيدًا لا يخرج عن الكتاب والسنة والإجماع والقياس ؛ فكان لزامًا أن يكون التشريع الإسلامي أصولا وفروعا غير مأخوذ عن تشريع آخر سبقه .

---

(1) هو أبو عبد اللّه أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن إدريس بن عبد اللّه بن حيان ، أحد الأئمة الأربعة . طلب العلم وهو ابن خمس عشرة سنة ، في العام الذي مات فيه مالك ، فسمع من إبراهيم بن سعد والوليد بن مسلم وسفيان بن عيينة ، فعدة شيوخه الذين روى عنهم في « المسند » مائتان وثمانون ونيف ، وحدث عنه البخاري حديثًا ، وحدث عنه مسلم والنسائي والترمذي . ومن تصانيف الإمام المسند وهو ثلاثون ألف حديث ، والناسخ والمنسوخ وتوفي الإمام أحمد سنة 241 هـ . سير أعلام النبلاء 443/9 : 546 ، تهذيب الكمال 226/1 .

(2) هو الإمام الحافظ شيخ الإسلام ، وعالم الديار المصرية ، أبو الحارث الفهمي مولى خالد بن ثابت بن ظاعن . مولده بقرقشندة بمصر ، ولد في سنة 94 وقيل : 93 ، سمع من عطاء بن أبي رباح ، وابن أبي مُليكة ، وابن شهاب الزهري ، وقتادة ، ويحيى بن سعيد الأنصاري ونافع . وروى عنه خلق كثير منهم ابن عجلان ، وابن المبارك ، وسعيد بن شرحبيل ويحيى بن يحيى الليثي ، أهله يقولون : نحن من النمرس ، من أهل أصبهان . قال ابن بكير : كان الليث فقيه البدن ، عربي اللسان ، يحسن القرآن والنحو ، ويحفظ الحديث والشعر ، حسن المذاكرة ، لم أر مثله . وقال حرملة : سمعت الشافعي يقول الليث أتبع للأثر من مالك . مات الليث بن سعد للنصف من شعبان سنة خمس وسبعين ومائة ليلة الجمعة . سير أعلام النبلاء 438/7 ، 454 .

بند [4] النتيجة

تبين للباحث مما سبق :

(1) أن التشريع الوضعي نشأ في قارة أوربا ، وانتشر فيها القانون الروماني أو غيره وإن كان عُمِل به في مستعمرات روما .

(2) أن أصول هذا التشريع (كما يزعمون) كانت قوانين ، وعوائد محلية ، أو إقليمية .

(3) أن التشريع الإسلامي ولد ونشأ في آسيا في بلاد العرب (مكة والمدينة) ، وانتشر فيما عداهما وفي البلاد التي فتحها المسلمون .

(4) أن أصول التشريع الإسلامي وحي إلهي منزل ، وقد أقر بعض العوائد التي لا تتنافى مع النظم الاجتماعية ، وثبت قواعد العدل بما يحققها ، ونظم أحوال الناس في معاشهم ومعادهم بما سن لهم من قواعد ثابتة وأسس متينة مبنية على العقل والمنطق ، وهل الإسلام إلا دين عقل وتفكير وحجة ؟ وبالرجوع إلى تاريخ انتشار الإسلام وفتوحاته تجد أن الإسلام دخل الأندلس بعد شمال إفريقيا سنة 711 م إحدى عشرة وسبعمائة ميلادية وسنة 93 هـ وجنوب فرنسا إلى بلاد (ليون [1] للوار [2] – وبواتيه [3] – وأفينيون [4]) ، وهُزِمَ المسلمون سنة 732 هـ ، وظل حكم الإسلام في بلاد أوربا إلى سقوط (غرناطة) [5] ربيع الأول سنة 977 هـ 3 يناير سنة

---

(1) ليون Lyon : مدينة تقع على نهر الرون ونهر الجارون ، ويبلغ عدد سكانها 535000 نسمة ، وتعد ثالث مدينة في فرنسا من حيث الأهمية . Robert 2, p. 1129 .

(2) للوار La Laire : هى مقاطعة في المرتفعات الوسطى Layousse .

(3) بواتيه Poitiers : هى ولاية وعاصمة سابقة لبواتو ، وتشمل 10 مقاطعات ، وهي غنية بالآثار فيها كاتدرائية سان بيير التي ترجع إلى القرن الثاني عشر ، وكنيسة نوتردام التي أنشئت في القرن الثاني عشر Robert (2) p. 1465 .

(4) أفينيون Avignon : مدينة تقع على نهر الرون ، مقر البابوية في القرن الرابع عشر انضمت إلى فرنسا عام Larousse 1791 .

(5) غَرْنَاطَةُ : بفتح أَوّله ، وسكون ثانيه ثم نون ، وبعد الألف طاء مهملة ؛ قال الأنصاري : إنها من أقدم مدن الأندلس وأحصنها يشقها النهر المعروف بنهر قلزم . وبينها وبين قرطبة ثلاثة وثلاثون فرسخًا ، معجم البلدان 220/4 : 221 .

1492 م . وبهذا مكث التشريع الإسلامي في أوربا محكومًا به معمولا به نحوًا من سبعمائة سنة ونصف تقريبًا في غرب أوربا . ومن شرق أوربا دخل العثمانيون إلى جبال الكربات بالمجر وحكموها 150 سنة (خمسين ومائة سنة) ومازال المسلمون بها لليوم . وكان الحكم للإسلام ، فكان الكل خاضعًا للتشريع الإسلامي ، وكانت عادات ومعاملات وأحكام فضًّا لمنازعات مدنية ، وكانت كلها عربية إسلامية تأصلت مدة طويلة فاعتادها أهل البلاد ، فأصبحت عرفًا معمولًا به ومحققًا للعدالة يتحاكم به الناس . وغير معقول أن العرف والعادة وطرق الحكم في بلد يذهب مع الليل والنهار متى انقلب أهل البلد لدين آخر أكرهوا عليه ، بل بقي العرف والعادة اللذان أساسهما الشرع والحكم الإسلامي في أوربا الغربية والشرقية ولو انقلب أهلها إلى النصرانية وأبادوا المسلمين فيها . كان أهل الأندلس ملتزمين مذهب الأوزاعي الذي أدخله بها صعصعة بن سلام سنة 711 م وسنة 93 هـ ، وأدخل مذهب الإمام مالك إلى الأندلس زياد بن عبد الرحمن [1] بعد أن تلقى عن الإمام فقهه بالمدينة ، وكان ذلك زمن هشام بن عبد الرحمن سنة 171 هـ ؛ فانتشر مذهب مالك . وصارت الفتيا والقضاء إليه ، ولا يُقَلَّد قاض أو مفت إلا مالكيًّا ، فلم تنته المائة الثانية من الهجرة حتى تقلص ظل مذهب الأوزاعي ، وساد المذهب المالكي ، واتخذ الفاتحون العثمانيون من الشرق مذهب الإمام أبي حنيفة .

ومن هذه الحوادث التاريخية القاطعة كان للشريعة الإسلامية عموما ولمذهب الإمام مالك بن أنس خصوصًا دخل في التشريع الوضعي بأوربا ، ولا ينكر هذا إلا كل مكابر لا يريد أن يتبع الحق ، ولا يعرف من التاريخ شيئًا . والحقيقة المرة المخفية عندهم إجماعًا أن مذهب مالك مدون عندهم ومعمول به علمًا وعملًا منذ سنة 711 ميلادية بلا نزاع ، ولهم أن يقولوا قانون العوائد أو غيره .

أخيرًا لنضرب صفحًا عن كل هذا ، ولننظر في هذا الكتاب من المقارنات ؛ فنجد العجب العجاب ، فهل هم السابقون في التشريع وأخذ عنهم التشريع الإسلامي ؟

---

(1) زياد بن عبد الرحمن : هو شبطون الفقيه مفتي الأندلس ، أبو عبد الله زياد بن عبد الرحمن ، اللخمي الأندلسي . سمع من : معاوية بن صالح القاضي ، وموسى بن علي بن رباح ، مات سنة 193 هـ أو 199 هـ . انظر سير أعلام النبلاء 199/8 ، العبر للذهبي 313/1 .

اللّهم لا ، فالتشريع الإسلامي كان تاما وهم يبيعون الأرض وما عليها من حيوان وبشر ، وكانت لا تتزوج بنت فلاح ممن ارتبطوا بأرض الإقطاعية بفلاح آخر إلا إذا بقيت في بيت الأمير مدة من الزمن ، وله أن يجيز ، وله أن يرفض الزواج (تاريخ القانون الفرنسي) .

وهذا دليلي العلمي والعملي على أن القانون المدني الفرنسي مأخوذ جله من مذهب مالك ، وفي هذا الكتاب ما يغني عن الجدل واللّه خير الشاهدين .

بند [5] القوانين الوضعية بمصر

دخل الإسلام مصر مدة خلافة عمر بن الخطاب ﷺ ؛ فحُكِمَت بالتشريع الإسلامي ، ونظمت على قوانينه وقواعده في جميع القضايا المدنية والجنائية والأحوال الشخصية ، حتى أُدْخِلَت المحاكم المختلطة بقانونها الوضعي الفرنسي على سبيل التجربة للقضاء بين الأجانب بعضهم بعضًا أو معهم والوطنيين فكان هذا أول افتيات على قضاء البلاد الطبيعي وتشريعها الإسلامي ، ثم وُضِعَ قانون المحاكم الأهلية على غرار المحاكم المختلطة ، واستُعِير لها أيضًا القانون الفرنسي ، وكان هذا الافتيات [1] الثاني على قانون البلاد الإسلامي الطبيعي ونظامها المألوف المأخوذ بعين الرضا والقبول ، ثم أنشئت مدرسة الحقوق لتدريس الحقوق المنقولة عن فرنسا الدخيلة في بلاد لم تنبت فيها ولم تشرع لها .

كان طبيعيًّا أن تخرج مدرسة الحقوق حملة شهاداتها ، وكان طبيعيًّا أن يجدوا متسعًا من وظائف الدولة الرئيسية في النيابة والقضاء ، ولم يدرسوا من التشريع الإسلامي إلا النزر اليسير من الأحوال الشخصية ، أما المعاملات الشرعية وما إليها من أصول التشريع فوُضِعَت في زوايا الإهمال ، فأُشْرِب في قلوبهم حب هذه القوانين الوضعية ، فدافعوا عنها ووسعوا في اختصاص تطبيقها ، وضيقوا على تشريع البلاد الإسلامي ، فحدوا من اختصاص محاكمها بما وضعوا لها من قيود ونظم ، وكأن التاريخ يعيد نفسه ، فإن ملك فرنسا حينما أراد جَمْع السلطة

---

(1) الافتيات : افتعال من الفوت وفلان لا يفتات عليه أي لا يعمل شيء دون أمره ، ويقال : افتات بأمره أي مضى عليه ولم يستشر أحدًا . لسان العرب (فوت) 3482/5 .

التشريعية والقضائية بين يديه من السنيور [1] (رؤساء الإقطاعيات) ، ومن رجال الكنيسة وضع رجال التشريع له هذه القاعدة (إن سلطة الحكم والتشريع مستمدة من الملك ، فلا تُسْمَع الدعوى في كذا وكذا إلا بأمر من الملك) ووسع في اختصاص قضاة الملك ، فشمل اختصاصهم كل المنازعات ؛ وبذلك ضاق نطاق الحكم لغير الملك ، وحصل الملك على السلطة المطلقة في التشريع والقضاء والإدارة ، وقد نسوا أن هذا التشريع الإسلامي تنزيل من حكيم خبير يحفظه مدى الدهر . على أن نظام قوانين مصر الحالية خليط من القوانين الوضعية إلا بعض أحكام كالشفعة [2] دعت الضرورة لأخذها لسد النقص في التشريع الناقص في القوانين المستعارة ، ولم يبق للمحاكم الشرعية أو للتشريع السماوي إلا الأنكحة ، وما يترتب عليها من طلاق ، ونسب ، وبنوة ، وميراث ، وهبة ووصية ، وبعض أحكام الوقف ؛ فأصبحت مصر الإسلامية زعيمة الشرق العربي التي تفخر بوجود الأزهر فيها يضيء العالم أجمع بالعلوم الشرعية والقواعد الإسلامية تُحْكَم بخليط من القوانين الوضعية والشرعية ، ودين الدولة الرسمي الإسلام - كما نُصَّ عليه في دستورها - أساس الحكم فيها ، ولكن المتشرعين فيها ورجال الحكم لم يفكروا يومًا بل ولا ساعة في التخلص من هذه القوانين التي فُرِضَت عليهم فرضًا ، بل ذهبوا إلى أبعد من هذا فجعلوا أساس تشريعهم تقليد الأمم الغربية !! وما دروا أن هذه التشريعات الوضعية أُخِذَت من أساس تشريعهم ، فأُلْبِسَت ثوبًا قشيبًا جديدًا ، ولو بحثوا عن الحقيقة لأنصفوا دينهم ، ولوجدوا فيه كل شيء ، ولعلموا أنه يجب الرجوع بتشريع البلاد إلى التشريع الإسلامي .

إني لا ألقي القول على عواهنه ، ولكني أسوق كتابي هذا دليلًا على ما ادُّعي ، فقد أرجعت تسعة أعشار الفقه الوضعي إلى نصوص شرعية وفي هذا ما يكفي .

إن التبعة تعود على (رجال الدين) ، وهم الذين درسوا التشريع السماوي ،

---

(1) السنيور Seigneur : تطلق قديمًا على من يمتلك أراضي وأشخاصًا وهو السيد الإقطاعي ، والمعنى الحالي : هو لقب شرفي يطلق على الأشخاص المرموقين . Robert (1) p. 1629 .

(2) (45) الشفْعَة : حق الشريك أو الجار في تملُّك العقار جبرًا على مشتريه بشروطه التي رسمها الفقهاء ، والشفعة المِلْك المشفوع .

لأنهم استكانوا وناموا على عدم تبليغ الأمانة التي في أعناقهم ، حتى ظُنَّ أنهم قُضِي عليهم ولا رجعة لهم ، ولكن قد ارتفع صوت في سنة 1936 ، فألقى فضيلة الأستاذ الشيخ محمد سليمان عنارة [1] نائب المحكمة العليا محاضرة تحت عنوان (بأي شرع نحكم ؟) ، دعا إلى اتخاذ التشريع الإسلامي أساسًا للتقنين فيها ، ذكر فيها كل أدلة يصح أن يقولها أو يسمعها عاقل ، ولم يترك مأخذًا للحق إلا بيَّنه ، وَمنْبتًا للباطل إلا فنده ، فذهبت صرخة في واد ، ثم ارتفع صوت آخر في محاضرة لفضيلة الأستاذ الزميل الشيخ أحمد محمد شاكر [2] القاضي الشرعي في 3 أبريل سنة 1941 ؛ لم يترك فيها شاردة ولا واردة إلا أتى عليها ، ثم قال في ختامها : « هذه كلمة حق ، وصيحة في واد إن ذهبت اليوم مع الريح لقد تذهب غدًا بالأوتاد » ﴿ فَسَتَذْكُرُونَ مَآ أَقُولُ لَكُمْۚ وَأُفَوِّضُ أَمْرِيٓ إِلَى ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ بَصِيرُۢ بِٱلْعِبَادِ ﴾ [3] . وقد أخذ إحساس الأمة يتغير ؛ فأخذت تطالب بجعل التشريع الإسلامي أساسًا للتشريع في البلاد ، ومن يدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرًا .

ومن رأيي أن المحاضرات ، والنداءات ، والجمعيات لا تفيد شيئًا في تغيير الحاضر إذ ليس من المعقول أن يتغير التشريع الذي مضى عليه قرابة 100 سنة بين طرفة عين وانتباهتها ؛ أو أن القضاة ورجال القانون ومن إليهم يغيِّرُون رأيهم بعد أن مارسوا العمل بهذه القوانين تلك المدة الطويلة ؛ أو أن قانونًا ترتب عليه تضيع بضياعه . كلا إنما الواجب على أمة تريد تشريعًا يوافق عاداتها وأخلاقها ودينها أن تعمل في مجلسي النواب والشيوخ ، فيتقدم المؤمنون بهذا المبدأ للترشيح على هذا الأساس ويجب أن يتقدم العلماء العاملون ، ويطرحوا رداء الخمول ، ويعملوا للدين والدنيا ،

(1) لم نعثر له على ترجمة .

(2) أحمد محمد شاكر : ولد يوم الجمعة 29 جمادى الآخر 1309 هـ / 29 يناير 1892 م ، قضى من طفولته ثماني سنين بالقاهرة ثم سار إلى السودان مع والده الذي عين في منصب قاضي القضاة بالسودان ، ثم عاد إلى مصر مع أسرته ، فالتحق بالمعهد الديني بالاسكندرية ، حصل على العالمية سنة 1917 ، وعين مدرسًا بمدرسة عثمان ماهر ثم اشتغل بالقضاء فظل به حتى صار عضوًا بالمحكمة الشرعية العليا ، أحيل إلى المعاش سنة 1951 م ، وتوفي سنة 1958 . من أهم آثاره : تحقيق رسالة الشافعي ، تحقيق المسند لأحمد بن حنبل ، نظام الطلاق في الإسلام . انظر : النهضة الإسلامية في سير أعلامها المعاصرين د. محمد رجب البيومي 115/4 : 163 .

(3) سورة غافر الآية رقم 44 .

والأمة ستنصرهم ، وبذلك وحده يتغير التشريع تغييرًا قانونيًا ؛ لأن هذا هو الطريق الطبيعي ، وغير معقول أن يتغير بجرة قلم .

ولنا أمل كبير في الجناب الأعلى المسيطر على عباده أن يهيئ القلوب ، ويوجه الأنفس إلى أن يكون تشريع مصر المسلمة هو الدين الإسلامي ، وحينئذ يفرح المؤمنون بنصر اللّه . ينصر من يشاء وهو العزيز .

بند [6] أنواع الحكومات

قبل التكلم في القوانين يلزم التحدث أولًا قليلًا في أنواع الحكومات : الشرعية والزمنية حتى يكون القارئ على بينة من ذلك . فالحكومات إما جمهورية ، وإما ملكية . فالجمهورية ما يحكمها غالبًا مجلسان ينتخبهما الشعب لمدة معينة ، ويُنْتَخَب من بين أعضاء المجلسين رئيس للجمهورية لمدة معينة ، يمثل الجمهورية وينفذ القوانين ويُسَيِّر دفة الحكم بواسطة وزرائه ، والتشريع في الجمهورية من حق المجلسين فقط أي إصدار القوانين .

وليس لرئيس الجمهورية إصدار قوانين ولا إلغاء ما صدر عن البرلمان ، وفي هذا تحقيق لفصل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية . والحكومة الملكية ما كان الملك في الأمة حاكما مدة الحياة بحق وراثي ، فإن استبد بالأمر وحده ، وجمع بين يديه السلطة التشريعية والتنفيذية فهي حكومة ملكية مطلقة ، والملك هو الذي يصدر القوانين ، وهو الذي ينفذها ويلغيها فهو المشرع والمنفذ .

وإن أشرك الملك معه أمته في الحكم فإن كان اشتراكا حقيقيا بأن كان انتخاب ممثلي الأمة حرًا ، وكان رأي النواب معمولا به منفذا كانت الحكومة ملكية شورية أو دستورية ، فيكون حق سن القوانين والتشريع من حق البرلمان ، فليس للملك أن يفتات على حق البرلمان في التشريع ولا في الإلغاء لما يصدر عن البرلمان ، فيكون الملك هو المهيمن الأعلى والمسيِّر لمصالح الدولة ، وهو الذي يأمر بتنفيذ القوانين .

فإن كانت الأمة تذهب بتشريعها من غير قيد إلى مراعاة مصلحتها الدنيوية فقط بلا نظر إلى أساس ديني فهي حكومة شورية مطلقة ، وإن كانت مقيدة بأساس لا تخرج عنه في تشريعها فهي مقيدة . ومن هنا يتطرق الحديث إلى الحكومات الإسلامية التي تطورت في أشكال كثيرة .

أولًا – في زمن الرسول ﷺ كانت الحكومة شورية مقيدة . بمعنى أن الرسول محمدًا – صلوات اللّه وسلامه عليه – كان يستشير أصحابه في أمور أمته بأمر اللّه له ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ ﴾ [1] ، وبوصف اللّه لهم ﴿ وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ ﴾ [2] والشورى كانت خاصة بأمور الدنيا وبعض أمور الدين التي لم ينزل فيها تشريع ، أما أساس التشريع فقد كان يبلغه لأمته عن ربه ، فهو دستور الحكم ونظام المجتمع . فلم يفارق الرسول الحياة الدنيا حتى كان التشريع قد بلغ نهايته من نظام محكم لإصلاح المعاش والمعاد ، وكانت آخر آية نزلت من القرآن الحكيم ومات بعدها الرسول ﷺ ﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا ﴾ [3] .

ثانيًا – بعد وفاة الرسول اجتمع الصحابة اجتماعهم المشهور في السقيفة ، واختاروا أبا بكر [4] ليكون خليفة ، فكان إجماعًا ، ثم عند وفاته أوصى بعمر ، ثم بعد مقتل عمر انتخب عثمان [5] ، ثم بعد مقتله تولى عليٌّ على خلاف بين الصحابة أدى إلى اقتتالهم ، وكل له فريق يناصره ، وله حزب يؤيده وينصره ، وهكذا أصبح الأمر في المسلمين ملكا عضودا يملكه صاحب الحول والطول والذهب ، أو من يبايعونه على تولِّي أمورهم والنظر في شئونهم ، ولله الأمر من قبل ومن بعد .

وكان العمل جاريا على قواعد الدستور الأساسي للإسلام وهو القرآن ، والحديث ، والإجماع ، والقياس ، إلا من شذ من الأمراء والحكام . أما نُظُم الحياة فيما لا يتعلق بالدين فكان يضع قواعدها خلفاء المسلمين ، وينفذونها بواسطة ولاتهم في الأقاليم النائية ، وكل من هؤلاء الولاة يعمل بما يراه مصلحة لمحكوميه ،

---

(1) سورة آل عمران الآية رقم 159 . (2) سورة الشورى الآية رقم 38 .

(3) سورة المائدة الآية رقم 3 .

(4) هو أمير المؤمنين وخليفة رسول اللّه ، اسمه عبد اللّه بن أبي قحافة بن عامر بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة بن كعب بن لؤي القرشي ، أحب الرجال إلى رسول اللّه وصاحبه يوم الهجرة ، روى عنه كثير من الصحابة والتابعين ، آخرهم أنس بن مالك وطارق بن شهاب . توفي سنة 13 هـ عن ثلاث وستين سنة . انظر : سير أعلام النبلاء ج 467/2 ، طبقات ابن سعد ج 188/3 .

(5) هو الصحابي الجليل عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس ، أمير المؤمنين ، وأحد السابقين وذو النورين ، وزوج ابنتي الرسول ، وصاحب الهجرتين . روى عن النبي ﷺ وعن الشيخين . قتل ﷺ سنة 35 هـ ، انظر : سير أعلام النبلاء ج 566/2 طبعة دار الفكر ، طبقات ابن سعد ج 80/3 .

بحيث لا يخرج عن أسس الإسلام فلا يُحِلُّ محرمًا ولا يحرم محللًا مجمعا على تحريمه أو تحليله .

وقد نوَّع حكام المسلمين وخلفاؤهم في طريقة الحكم فمنهم : من حكم بلا استشارة أحد ، ومنهم من حكم برأي أهل الحل والعقد في الدولة – على أن رأيهم كان استشاريا فقط لا يتقيد به ، ومنهم من حكم بمجلس شورى يتقيد بآرائه ، ويترك له وضع نظم الحياة السياسية للأمة . على أنهم جميعًا إلا ما شذ كانوا مقيدين بأصول الشريعة من قرآن ، وسنة ، وإجماع ، وقياس . وإن خير نظم الحكم الإسلامية ما كان متَّبَعًا فيه أساس تشريع القرآن ، والسنة ، والإجماع ، والقياس ، وتكون الأمة مشتركة في الحكم اشتراكا فعليًّا تدير شأنها بنفسها حسب مصلحتها لا يستبد بها وال ، ولا يفرض إرادته عليها سلطان ، وإن هذا بمصر الآن (ما عدا أساس التشريع الإسلامي الكامل) . ففيها ملك محبوب صالح شرك أمته في تحمل تبعات التشريع والسياسة ممثَّلة في مجلسيها ، مشرف عليها إشراف أب بار رحيم ، لا يفتأ يضرب الأمثال للاقتداء به لإسعاد أمته ، حاثًّا على اتباع السنة والدين ، محبًّا للعلم والعلماء ، جاهدا ليل نهار في جعل أمته في مقدمة الأمم رقيا ، ورخاء ، ورفاهية ، وعلمًا . مد رواق علمه وكرمه المصري حتى شمل جميع البلاد الإسلامية والمسلمين النائين ليتعلموا العلوم الدينية بالأزهر الشريف والكليات الجامعية على نفقته الخاصة ، وما أكثرها بمصر الآن .

أبقاه اللّه لمصر ذخرًا ولأبناء النيل سعادة وفخرًا ، وجعل أيامه عزًّا ونصرًا ، ذلك هو الفاروق [1] بن فؤاد بن إسماعيل رئيس مصر العزيزة .

أما أن مصر تشريعها الحالي مستمد من التشريع الفرنسي فهذه حالة وُجِدَت بمصر ترتبت عليها حقوق ونظم وأحكام لا حيلة لمن وُجِدَ بعد وجودها إلا تلافيها شيئًا فشيئًا محافظة على النظام الاجتماعي والحقوق المكتسبة منه ، ونرجو من اللّه

(1) الملك فاروق الأول ملك مصر الحادي عشر من أسرة محمد علي ، وهو ابن الملك فؤاد وحفيد الخديوي إسماعيل ، أمه نازلي بنت عبد الرحيم صبري باشا وزير الزراعة ولد بالقاهرة في 11 فبراير 1920 م بدأ تعليمه على يد معلمين خصوصيين في مصر . ثم سافر إلى لندن ثم عاد إلى مصر إثر وفاة أبيه في 28 إبريل 1936 وأقيم على العرش في 6 مايو من العام نفسه . وتنازل عن العرش بعد تسلمه إنذارًا من قادة الثورة في 26 يوليو 1952 وتوفي بمدينة روما بإيطاليا في 18 مارس 1965 ونقل جثمانه ودفن بالقاهرة . القاموس السياسي لأحمد عطية اللّه 1052 : 1054 .

ﷺ أن يحقق آمالنا في ظل جلالة ملكنا الصالح مِنْ جَعْل التشريع الإسلامي أساسا لتشريعنا ؛ لتكون مصر حقا زعيمة الشرق العربي دينها الرسمي الإسلام .

بند [7] نظرة عامة في القوانين

القانون الفرنسي : اتبعت في وضع هذا المؤلَّف نظام ترتيب الفقه الفرنسي وجعلته أصلا في المقارنة .

صفات القانون :

القانون كل عمل صادر عن السلطة التشريعية مشتملًا على قواعد مستديمة عامة . فيجب في القانون أمران :

(أ) صدوره عن السلطة التشريعية .

(ب) أن يحتوي على قواعد عامة ومستديمة .

قانون بمرسوم : قد تصدر السلطة التنفيذية أمرا فيه قواعد عامة مستديمة ، ويكون له قوة القانون ، وذلك عند تعطيل السلطة التشريعية ، فتباشر السلطة التنفيذية السلطة التشريعية أيضًا .

أقسام القانون من جهة الأهمية :

(أ) القانون الدستوري أو قانون نظام الحكم ، وهو الذي يحدد شكل الحكومة ، ومدى سلطانها ، ويصدُر عن جمعية عمومية من مجلسي النواب والشيوخ ، ولا يمكن إعادة النظر فيه إلا بعد قبول ذلك من كل مجلس منفردا أولًا .

(ب) القانون العادي ، وهو ما يقبله كل مجلس منفردا ، ويمكنه إعادة النظر فيه كذلك ، ثم يوافق عليه المجلس الآخر .

(ج) القانون الترتيبي أو النظامي ، ولا يختلف عن القانون العادي ، إلا أنه ينظم شيئا معينا كقوانين الانتخاب ومجلس شورى الدولة .

بند [8] صفات القانون

التشريع الإسلامي : المراد بالقانون مجموع أحكام تُطَبق على الحوادث : كالسارق تقطع يده ، والزاني يجلد أو يرجم ، والقاذف يجلد . فإذا جمعت مثل

هذه الأحكام بشروط تطبيقها في كتاب واحد سميت قانونًا ، ولهذا سُمِّي القرآن قانونًا سماويًا لجمعه أحكامًا لا حصر لها ، وهي قواعد عامة مستديمة ، لم يخص بها أشخاص دون آخرين ، ولم تكن مؤقتة . وقد اجتمع فيه الأمران : صدوره عن السلطة التشريعية ، واحتواؤه على قواعد عامة ، وهكذا يقال فيما أخذ عن السنة والإجماع والقياس من الأحكام .

أما القانون بمرسوم فتجب طاعته واعتباره واجب النفاذ ما دام صادرًا عمن يملك إصداره شرعًا إلا إذا حرم حلالًا أو حلل حرامًا مجمعًا عليه لقول الرسول : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق [1] » ؛ لأن طاعة أولي الأمر واجبة لقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ ﴾ [2] .

ولا خلاف بين التشريع السماوي والوضعي في كنه القانون ولا ما يجب أن يكون عليه .

القانون من جهة أهميته :

(أ) القانون الدستوري أو قانون نظام الحكم ، وهو الذي يبين الأحكام المحددة ، ويعرف أصول الأحكام بنص صريح من كتاب أو إجماع أو قياس . وصدر فعلا القرآن عن رب السموات العلى ، والسنة عن رسول الله الأمين ، والإجماع والقياس عن المجتهدين من الصحابة والأئمة . ولا يمكن إعادة النظر فيما تحدد من أحكام بنصوص قاطعة لا تحتمل التأويل والاجتهاد : كقطع يد السارق ، وقتل القاتل ، ورجم الزاني أو جلده مثلا ﴿ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمۡ عَنۡهُ فَٱنتَهُواْۚ ﴾ [3] ، وإنه بموت الرسول انقطع الوحي ، وكَمُل الدين بأسسه القويمة .

(ب) القانون العادي وهو ما يسنه أولو الأمر أو من يملك ذلك لتنظيم ناحية اجتماعية للأمة : كقانون ربط ضريبة الأطيان عن الفدان كذا في مديرية كذا ، أو تنظيم إدارة البلاد والقرى ، وتخصيص القضاء والإدارة .. إلخ ، ويمكن إعادة النظر فيها بما يوافق المصلحة بشرط عدم مخالفة أصول الدين ، ويدخل فيه القانون النظامي .

---

(1) الترمذي : الجهاد باب 29 ، مسند أحمد 3966 ، 21195 ، 21198 .

(2) سورة النساء الآية رقم 59 .

(3) سورة الحشر الآية رقم 7 .

بند [9] قوة القوانين التنفيذية

القانون الفرنسي :

(أ) قوانين حتمية ، وهي التي لا يمكن لأي شخص الاتفاق على مخالفتها لتعلقها بالصالح العام أو الآداب العامة .

(ب) قوانين مبيحة تفسيرية أو تكميلية ، وهي التي ترتب النتائج القضائية على اتفاقات الأشخاص عند اختلاف وجهة نظر المتعاقدين ، ويمكن للمتعاقدين اشتراط ما يخالفها ، وهذا كتطبيق القانون المدني في العقود والالتزامات :

العقاب الذي يضمن تنفيذ القانون :

(أ) قانون يعاقب بإلغاء نفس العمل الذي لم يستوف شروطه القانونية كزواج من دون السن القانوني .

(ب) قانون يعاقب بغرامة على من ارتكب مخالفة كمن عقد الزواج بدون إعلان .

أوامر تشبه القانون : تصدر عن السلطة التنفيذية أوامر تشبه القانون ، وليست قانونًا ، بل هي قواعد نظامية ، وتخالف القانون فيما يأتي :

1 – القانون يصدر عن السلطة التشريعية ، وهذه تصدر عن السلطة التنفيذية .

2 – القانون يلغي قانونًا آخر أو يزيده ، وهذه لتنظيم تنفيذ القانون .

3 – يمكن للمحاكم الامتناع عن تنفيذ القواعد النظامية بدعوى عدم قانونيتها .
والذي يملك إصدار هذه القواعد النظامية هم رئيس الجمهورية للقطر كله ، والمدير في مديريته ، والعمدة في بلدته فقط .

بند [10] التشريع الإسلامي

من القوانين ما هي حتمية حقيقة ، ولا يمكن لأحد الخروج عليها ولا الاتفاق على ما يخالفها كتحريم الربا ، والزنى ، واللواط ، والميسر إلخ ، فلا يمكن لأحد التعاقد على مخالفة ذلك ، ولا يقتصر المنع على عدم الصحة والبطلان أصالة ، بل لو اعتقد المتعاقدان أو أحدهما حل ذلك كفر ، وخرج عن الدين .

وأما القوانين المبيحة فهي التي في نصوصها اجتهاد ، وليس النص فيها قطعيًّا في الدلالة على نفس الحكم ؛ فيجوز مخالفتها بما لا يخالف كتابًا أو سنة أو إجماعًا ، وذلك كمواضع اختلاف المجتهدين .

والقواعد العامة في التشريع الإسلامي تقضي ببطلان نفس العمل الذي لم يستوف شروط صحته القانونية كعقد النكاح على ذات زوج .

وبما أن المال بعد النفس ، وأخذه يؤلم صاحبه خصوصًا إذا كان شحيحًا لحيحًا ؛ ورأى الحاكم أن يفرض عقوبة مالية فيما ليس فيه عقوبة مقررة شرعًا محدودة ؛ فلا مانع عندي من فرض عقوبة مالية على من لم يُبْلِغ عن قدر رأس مال تجارته لاستيفاء الضريبة منه مثلًا ، ورأى أن هذا من قبيل المصالح المرسلة .

وأمر الملك في مقر ملكه للقطر كله ، وأمر الوالي في عاصمة إقليمه ، وأمر نائب الوالي في قريته واجب النفاذ والطاعة ، وإن كان لم يصدر عن جهة تشريعية تملك ذلك بشرط ألا تخالف أصول الدين ؛ لأنه يجب على الحكام النظر فيما يُصْلِح حال مرءوسيهم من رفع الضرر وجلب النفع ، وإلا كانوا مقصرين « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » [1] .

وقد تكون هذه الأوامر والنظم محلية ، وقد تكون عامة كأمر حراسة النيل لدفع ضرره ، ومكافحة الجراد لاتقاء أذاه مثلًا . وقد تكون هذه الأوامر قانونًا في حالة جمع السلطة التشريعية والتنفيذية في يد الملك .

ولا يجوز للمحاكم أن تمتنع عن تنفيذ أمر ولي الأمر إلا إذا خالف الكتاب أو السنة إلخ لقول الرسول في أصول التشريع : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » [2] ، ومخالفة أحد هذه الأصول معصية كبيرة .

بند [11] عمل القوانين

القانون الفرنسي : يجوز لرئيس الجمهورية أن يقدم للبرلمان مشروع قانون ، ويجوز لأي نائب أو شيخ تقديم اقتراح بقانون فيُبْحَث في اللجان ، ثم في البرلمان

---

(1) صحيح البخاري الجمعة باب 11 .

(2) الترمذي : الجهاد باب 29 ، مسند أحمد 3966 ، 21195 ، 21198 .

بصفة علنية ، ثم ينقل إلى المجلس الثاني ، فإن صادق عليه كما هو أصبح قانونًا وإلا رُدَّ للمجلس الأول لإعادة نظره وهكذا حتى يتفق المجلسان على نصوصه ، ومتى تم القانون فعلى رئيس الجمهورية إعلانه بالصيغة القانونية ، وحينئذ يجب العمل به حسب شروطه .

وتاريخ القانون يعتبر من يوم إعلانه في الجريدة الرسمية ولو كان منصوصًا على العمل به في زمن معين .

تطبيق القوانين وشرحها : يتولى تطبيق القانون القوة التنفيذية بوضع قواعد التنفيذ ، وتتولى تنفيذ الأحكام القضائية بالقوة الجبرية ، وتنفذ المحاكم القوانين بواسطة قضاتها ، وليس لهم حق الامتناع عن الحكم ، ويشرح القانون علماء التشريع في كتبهم وفي محاضراتهم ، وقضاة المحاكم في أحكامهم وقراراتهم ، ونفس الهيئة التشريعية ويكون تفسيرها قانونًا ملزمًا للكل .

بند [12] التشريع الإسلامي

القوانين في التشريع الإسلامي قسمان : الأول أساس الحكم وقواعد الدين ، وهي الأحكام التي ذُكِرَت في القرآن الكريم وفسرت بالسنة المحمدية أو ذكرت فيها ، وهذه تمت فلا تغيير فيها ولا تبديل بوفاة الرسول ﷺ الذي أدى رسالة ربه كاملة ، والثاني ما جد في هذه الحياة مع مر الدهور ، ولم يكن في صدر الإسلام ، واقتضته نظم المجتمع ؛ فتتطلب تشريعًا يلتزم الناس حدوده ولا يتعدون مراسيمه ، وهذه يأمر بها الدين بشرط ألا تحل حرامًا ، ولا تحرم حلالًا مجمعًا عليه كقانون استعمال اللغة العربية مثلًا ، فإنه يوافق أصول الدين .

وأما طريق عمل هذه القوانين فيرجع إلى أصل الحكم في البلد الإسلامي ، فإن اشترك الشعب في التشريع وجب أن يكون القانون من عمله ممثلًا فيه إرادته ، وإن اختص الحاكم بالتشريع فهو الذي يشرع لرعيته ، ويجب عليهم طاعته بشرط مراعاة أصول التشريع الإسلامي .

والذي يتولى تطبيق القانون الإسلامي هم ولاة الأمور بواسطة أعوانهم ، وأول من نفذه بعد الرسول أبو بكر الصديق فيمن منعوا الزكاة فقاتلهم حتى عادوا لأدائها ، وقد عابه بعض الصحابة لقتاله المسلمين فقال : « واللّه لو منعوني عقال

بعير كانوا يؤدونها لرسول اللّه لقاتلتهم حتى يؤدوها » فأقره الصحابة إجماعًا بعد أن رأوا أن الحق في جانبه ، وقد نفذ عمر بن الخطاب ﷺ حكم الجلد في ولده حين اعترف بالزنى ، وقد منعه من شرب الماء الذي طلبه أثناء إقامة الحد عليه ، فتكلم بعض الناس بأن هذه قسوة . فقال عمر : « اقرءوا قول اللّه ﷻ : ﴿ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ (1) » فمات ظمآنا فأمر بإكمال الحد عليه .

وكان تنفيذ الأحكام الشرعية في عهد الرسول ﷺ بمعرفته يأمر بتنفيذها في محل دعوته ، وبمعرفة نوابه ورسله وحكامه في المدن النائية ، والعمل جار على ذلك لليوم في تنفيذ القوانين بمعرفة ولي الأمر بواسطة وزرائه ونوابه في الحكم ، سواء أكان تنفيذًا مباشرًا للقانون أو تنفيذًا لحكم نتج عن قانون حكم به من ولي القضاء .

ويتولى القضاة تنفيذ القوانين بتطبيقها على الحوادث التي تقدم إليهم للحكم . وأول من فصل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية هو عمر بن الخطاب ﷺ ؛ فقد كان القاضي هو المنفذ في صدر الإسلام ، فكان الرسول يقضي بما أمر اللّه ، ثم ينفذ بما حكم بواسطة أصحابه . وأما قضاؤه في الأمور المدنية فكان ينفذ باعتقاد أن من خالف حكم الرسول كان كافرًا مصداقًا لقول اللّه ﷻ : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ (2) .

ثم تابعه أبو بكر الصديق ﷺ ، ثم لما ولي عمر ﷺ اتسع الإسلام وانتشر في بقاع نائية فلم يجد مفرًّا من مجاراة الظروف ، والتمشي مع ما تتطلبه الحالة الاجتماعية ، فعين قضاة للأقطار البعيدة يحكمون بين الناس بما أنزل اللّه بجوار الحكام المدنيين . وقد عيَّن أبا موسى الأشعري (3) ضمن قضاته ، وكتب له كتابًا

(1) سورة النور الآية رقم 2 . (2) سورة النساء الآية رقم 65 .

(3) أبو موسى الأشعري : هو عبد اللّه بن قيس بن سليم بن حَضَّار بن حرب . صاحب رسول اللّه ﷺ . حدث عنه أبو أمامة الباهلي ، وأبو سعيد الخدري ، وأنس بن مالك وخلق سواهم ، وهو معدود فيمن قرأ على النبي ﷺ أقرأ أهل البصرة ، وفقَّهَهُم في الدين دعا له رسول اللّه ﷺ فقال : [اللّهم اغفر لعبد اللّه بن قيس ذنبه ، وأدخله يوم القيامة مدخلًا كريمًا] وقد استعمله النبي ﷺ ومعاذًا على زبيد ، وعدن ، وولي الكوفة ، وإمرة =

هو ناموس الحكم ونبراس القضاء [1] ، قال فيه :

« أما بعد ، فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ، فافهم إذا أُدْلي إليك ، فإنه لا ينفع تكلُّم بحق لا نفاذ له ، آسِ [2] بين الناس في مجلسك ووجهك حتى لا يطمع شريف في حَيْفِك [3] ، ولا يخاف ضعيف من جورِك . البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ، والصُلْح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالًا أو أحل حرامًا .

ولا يمنعك قضاء قضيته بالأمس راجعت فيه نفسك ، وهُدِيت فيه لرشدك أن ترجع عنه ؛ فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل .

الفهم الفهم عندما يتلَجْلَج [4] في صدرك مما لم يَبْلُغْك من كتاب اللّه ولا سنة النبي ﷺ ، اعرف الأمثال والأشباه ، وقِسْ الأمور عند ذلك ، ثم اعْمَد إلى أحبها إلى اللّه وأشبهها بالحق فيما ترى ، واجعل للمدَّعي حقًّا غائبًا أو بينة أمدًا ينتهي إليه ، فإن أحضر بينته أخذت له بحقه ؛ وإلا وجَّهْت عليه القضاء ، فإن ذلك أجلى للشك وأجلى للعمى وأبلغ في العذر .

المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في حد أو مُجَرَّبًا عليه شهادة زور أو ظَنِينًا [5] في ولاء أو قرابة ، فإن اللّه قد تولى منكم السراير ، ودرأ عنكم الشبهات . ثم إياك القلق ، والضجر ، والتأذِّي بالناس ، والتنكر للخصوم في

= البصرة لعمر . قال داود عن الشعبي : قضاة الأمة : عمر ، وعلي ، وزيد ، وأبو موسى . وكان عمر ﷺ إذا رأى أبا موسى ، قال : ذكرنا يا أبا موسى فيقرأ عنده . وقد اختلف في وفاته فقيل : توفي سنة 42 ، وقيل : 43 ، وقيل : 52 . والصحيح أنه توفي في ذي الحجة سنة 44 . سير أعلام النبلاء 4/ 44 : 57 .

(1) ناموس الحكم : النَّامُوسُ : وعاءُ العلم ، والناموس صاحب سر الملك أو الرجل الذي يُطْلِعُهُ على سره وباطن أمره ، وقيل الناموس : السِّرُّ . لسان العرب مادة (نمس) 4547/6 نبراس القضاء : - النِّبْرَاسُ : هو المصباح لسان العرب مادة (برس) 257/1 .

(2) أي سوِّ بينهم واجعل كُلَّ واحدٍ منهم إسوة خصمه . وتأسوا أي آسي بعضهم بعضًا . لسان العرب مادة آس 83 .

(3) حيفك : أي في ميلك معه لشرفه ، والحيف الجور والظلم . لسان العرب مادة (حيف) 1072/2 .

(4) يتلجلج : أي تردد في صدرك وقلق ولم يستقر . لسان العرب مادة (لجلج) 4000/5 .

(5) الظَّنينُ : المتَّهم الذي تظن به التهمة ، ومصدره الظِّنَّةُ والجمع الظنن . لسان العرب مادة (ظنن) 2763/4 .

مواطن الحق التي يوجب اللّه بها الأجر ، ويُحسِن بها الذخر ، فإنه من يخْلِص بها نيته فيما بينه وبين اللّه (تبارك وتعالى) ولو على نفسه يكفه اللّه ما بينه وبين الناس ، ومن تزيَّن للناس بما يعلم اللّه خلافه منه هتك اللّه ستره وأبدى فعله والسلام [1] .

هذا قانون العدل والقضاء بين الناس سَنَّه عمر ﷺ أَخْذًا من التشريع الإسلامي منذ 1340 عامًا يوم أن كانت أوربا في ضلال وجهالة ، ويقول الجهلاء والملحدون : « إن التشريع الإسلامي منقول عن القوانين الوضعية » ألا ساء ما يحكمون !!! ومتى استوفى القاضي صحة الدعوى وحجة إثباتها وصحتها وجب عليه الحكم فورًا إلا في ثلاث : خَوْف رَيْبَة ، أو رجاء صلح أقارب ، أو استمهل المدعى . فلو امتنع بعد ذلك فهو آثم لتركه الفرض ، واستحق العزل لفسقه ، وعُزِّر لارتكابه مالا يجوز شرعا ، وكفر إن لم يعتقده فرضًا عليه .

والذي يشرح القانون ويبينه أولًا هو الرسول للقرآن ﴿ وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ ﴾ [2] ، ثم الذي يشرح السنة هم الصحابة والمجتهدون بما درسوا من أصول التشريع من عام وخاص ، ومطلق ومقيد ، وناسخ ومنسوخ إلخ ، ثم اجتهاد القضاة عند تطبيق الأحكام على الحوادث ، ثم من أصدر القانون له شرحه أيضًا ، ويكون تبعًا لأصله واجب الطاعة .

بند [13] إلغاء القوانين

القانون الفرنسي : إلغاء القانون هو وجوب العمل به إما بإلغائه فقط ، وإما بالتعويض عنه بقانون يخالفه ، والذي يملك إلغاء القانون هو السلطة التي تملك عمله فلا تلغي السلطة التنفيذية قانونًا ولا التشريعية أمرًا إداريًا ، والإلغاء إما بالمنطوق كالنص على إلغاء قانون سابق في آخر لاحق ، وإما بالمفهوم كتضمين قانون لاحق أحكامًا تناقض قانونًا سابقًا . وأما إهمال العمل بقانون فلا يلغيه ، بل يحتفظ دائمًا بقوته القانونية وبوجوب العمل به .

القوانين لا ينسحب أثرها على الماضي ، فلا يطبق القانون على عمل تم قبل وجوب نفاذ القانون ، وهذا مفروض على القضاة عند تطبيق القانون .

---

(1) أثر مشهور .

(2) سورة النحل الآية رقم 44 .

أما السلطة التشريعية فلها الحق الكامل أن تنص في القانون على أنه يُعْمَل به من تاريخ سابق ، وذلك للضرورة نظرا لمصلحة عامة ، وتطبيق هذه القاعدة كالآتي :

1 - القانون المفسر لقانون سابق يعمل به كالقانون السابق بلا تفرقة .

2 - قوانين الحقوق العامة كالدستوري والنظامي ، ونظام القضاء ، والاختصاص ، والمرافعات تطبق على حوادث سابقة على صدورها بشرط ألا تمس حقًّا مكتسبًا لأحد بموجب القانون السابق .

3 - القوانين الخاصة بالأعمال القضائية : كشروط الصحة ، وقواعد الشكل ، والأدلة ، يجب تطبيق قانونها الجاري العمل به وقت وجودها .

4 - القوانين الخاصة بحالة الشخص المدنية من زواج وتَبَنٍّ ، واعتراف ببنوة ، وجنسية إلخ يطبق القانون الحالي بالنسبة إلى شروط الصحة في هذه الأشياء .

5 - القوانين الخاصة بأهلية الأشخاص الشرعية : يُعْمَل بالقوانين الحاضرة إذا كان في تطبيقها حقوق مكتسبة .

6 - القوانين الخاصة بالأملاك : ما يتعلق منها بالملكية ينفذ في الحال ، وما يتعلق بالميراث فإن كان مفتوحًا للتوزيع ومستحقًّا للورثة فيطبق القانون القديم ، وإن لم يكن مفتوحًا وصدر القانون فيُعْمَل بالجديد ، وما يتعلق بمضي المدة فيعمل بالقديم فيما تمت إجرءاته ، وبالجديد فيما لم تتم إجراءاته حتى صدوره .

7 - القانون الجنائي لا يُعْمَل به في الماضي مطلقًا إلا إذا كان القانون الجديد خفف العقاب عن القديم .

بند [14] إلغاء القوانين

التشريع الإسلامي : سُنَّةُ التدرج في الهيئة الاجتماعية نحو الكمال تقتضي البحث عن المثل العليا وعن العدالة ، وتقتضي التنقيب عن الأحسن فالأحسن ، وقد كان ذلك في أول التشريع ، فكانت تنزل الآية القرآنية وفيها الحكم فيعمل به ، ثم تنزل آية أخرى تنسخها وتبطل العمل بهذا الحكم ، أو تعدله ، أو تبدله ، أو يقول الرسول ﷺ قولًا فيه تشريع ، ثم يعدل عنه إلى ما يخالفه لما فيه الأصلح ،

وهذه سنة التشريع التدريجية ، أنزل اللّه ﴿ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ ... ﴾ [1] الآية نزلت في الصيام فكان من يطيق الصيام من المسلمين يحل له الفطر نظير فدية كإطعام مسكين فلم يكن الأمر موجبًا الصيام الحتمي ، ثم أنزل اللّه بعدها ﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ [2] فنسخت الحكم في الآية الأولى ، وأوجبت الصيام حتمًا على من شهد الشهر - أي وكان مقيمًا صحيحًا قادرًا شرعًا على الصيام - وللمريض والمسافر حكم يخصه بالإعفاء ، وكحديث الرسول « إنما الماء من الماء » [3] في الغسل ، وحديث « إذا أعجلت أو أقحطت فلا غسل » [4] ، ومعناهما أن من جامع ولم ينزل لسبب أعجله أو لعدم تيسر مادة المني لضعف أو إفراط مثلًا فلا غسل عليه ، ثم أراد نسخ التشريع الأول بأمر اللّه فقال : « إذا التقى الختانان وجب الغسل » [5] . فوجب الغسل متى التقى ختان الرجل بخفاض المرأة ولو لم ينزل ، وكنكاح المتعة فإنه كان جائزًا في زمن الرسول وزمن أبي بكر ، ومنعه عمر ؛ لأن علة إباحته قد انتفت ، وهو عدم انتشار المسلمين وإقامتهم في غالب البقاع التي افتتحوها ، فكانوا لا يقر لهم قرار في بلد فتحوها إلا رحلوا عنها لأخرى جهادًا في سبيل اللّه .

والإلغاء والنسخ كان من نفس المشرع صاحب القانون السماوي أو من نبيه ﷺ لما وضعه هو من قواعد . ويجوز شرعًا العدول عن قانون وضعي إلى غيره فيه مصلحة للناس بشرط عدم الخروج عن أصول التشريع الإسلامي .

والذي ينسخ هو صاحب الحق في التشريع ، ومن عهد فصل سلطة القضاء عن الإدارة في زمن عمر بن الخطاب لم يتعرض قاض لغير الحكم ولم يتعرض حاكم أو وال لتعطيل تنفيذ الحكم الصادر عن الهيئة القضائية .

والنسخ كما يكون كليًا يكون جزئيًا ، وكما يكون بإبدال المنسوخ بناسخ

(1) سورة البقرة الآية رقم 184 . (2) سورة البقرة الآية رقم 185 .

(3) مسلم : الحيض باب 21 ، الترمذي : الطهارة باب 81 .

(4) رواه أبو سعيد الخدري في مسلم : كتاب الحيض باب 21 الترمذي : كتاب الطهارة باب 82 وابن ماجه الطهارة وسننها باب 110 . ومعنى أقحطت أي ينتشر ثم يفتر قبل أن ينزل وهو من أقحط الناس إذا لم يمطروا . لسان العرب مادة (فحطت) 3537/5 .

(5) الترمذي : الطهارة باب 80 ، ابن ماجه : الطهارة وسننها باب 111 .

يكون بإدخاله في حكم آخر [1] .

وعدم تطبيق الحكم على حادثة أو عدم وجود حادثة يطبق عليها لا يلغي القانون يعني الحكم ، فلو فرض أنه لم يوجد قاتل مدة طويلة فلا يلغي القصاص ، بل هو قائم معمول به من أحكام القانون الإسلامي .

عدم تطبيق القانون على الماضي– هذه قاعدة عامة لقول اللّه تعالى : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ [2] ، وقوله : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [3] .

ولم يعرف في الإسلام قانون طبق على الماضي في حكم من الأحكام . وقد نص العلماء المتأخرون على جواز تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة ؛ فلو أمر ولي الأمر أن دعوى كذا لا تسمع عن الوقائع السابقة والتي تم فيها الفصل فلا تسمع [4] .

وكل ما يشرع لنظم الحياة ، وليس فيه حكم من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس يصح أن يطبَّق على حوادث سابقة متى نص المشرع على ذلك بشرط ألا تمس حقًّا مكتسبًا . أما الأحكام المنصوص عليها في أسس التشريع الإسلامي فقد تم وضعها من الخالق فلا يصح للمخلوق تغييرها ، وكل تشريع لا يحرم حلالًا ، ولا يحل حرامًا ، ولا يخالف أصلًا من أصول الدين مجمعًا عليه فهو جائز ، ولا حرج في تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادث .

وإذا حدد البلوغ الشرعي في المعاملات بـ 19 سنة عملًا بقول بعض المجتهدين ، ثم بلغ شخص هذه السن ، وتعامل بشخصه بيعًا وشراء مثلًا ، ثم رأى ولي الأمر

---

(1) تناولت المادة الثانية من مشروع تطابق القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع إلغاء النصوص التشريعية وتعديلها بما يتفق مع قواعد النسخ المقررة في علم أصول الفقه . انظر : المذكرة الإيضاحية المادة المذكورة .

(2) سورة الإسراء الآية رقم 15 .

(3) سورة النساء الآية رقم 22 .

(4) تتفق هذه المعاني مع ما جاء في المادة الخامسة من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ، ونصها : « لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، فلا تسري على ما سبق من الوقائع مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك » ، وما جاء في هذه المادة يتفق مع الأصل الشرعي الذي يقضي بأن التكليف لا يكون إلا بعد ورود الخطاب الشرعي . انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة .

أن من بلغ 19 سنة يمكن أن يُخْدَع ؛ فأمر بأن سن البلوغ الشرعي في المال 21 سنة ، فلا يرجع هذا الحكم للماضي فتصرُّف هذا الشخص الذي بلغ 19 سنة صحيح ، وقد ترتب على تصرفه حقوق له وعليه فهي نافذة ، ويسري الحكم الجديد على المستقبل فقط [1] .

والقانون الخاص بنفس الملكية يطبق على الحوادث الحاضرة لا الماضية فلو أمر ولي الأمر أن الملكية لا تثبت بالنسبة للشخص الثالث إلا إذا سُجِّلَت ، وكان قبل ذلك تثبت الملكية بعقد عرفي ضد الشخص الثالث فإنه ينفذ القانون الجديد حالًا ولا يُعْمَل به في الماضي ، وكذلك ما يتعلق بسقوط المدة من حيث تقييد القضاء بالسماع وعدم السماع في مدة مخصوصة فيعمل بالقديم فيما تم النظر فيه ، ويعمل بالجديد فيما عدا ذلك .

أما القانون الجنائي فما كان محددا بكتاب أو سنة أو إجماع فقد تم أمره فيعمل به حتمًا ولا اجتهاد فيه ، وأما ما كان فيه للحاكم تقدير أو سياسة في الحكم فيجوز فيها التغيير والتبديل كما إذا أمر ولي الأمر أن من يوجد ليلًا في محل ريبة ، ولا عمل له يرتزق منه يجلد ، ثم يغرب مثلًا ، ثم رأى الاكتفاء بالجلد أو التغريب ؛ فيعمل بالجديد من وقت صدوره ، ويعتبر تخصيصًا للقضاء .

بند [15] تطبيق القوانين الفرنسية

القانون الفرنسي : القوانين الخاصة بالبوليس والأمن العام تطبق على جميع المقيمين على الأرض الفرنسية بلا فارق بين أجنبي أو فرنسي .

والقوانين المتعلقة بالنظام العام من الأحوال الشخصية كزواج غير واحدة تطبق على الجميع أيضًا .

والقوانين المتعلقة بالأهلية أو بالأحوال الشخصية تطبق على الفرنسيين فقط دون الأجانب . والقوانين الخاصة بالأملاك الشخصية العقارية (كل ملك شخص لعقار) تسري عليه القوانين الفرنسية ، والمنقول يطبق عليه القوانين الفرنسية أيضًا

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة السابعة من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . والسند الشرعي لهذه المادة هو ما تقدم ذكره قبل قليل . انظر : المذكرة الإيضاحية للمشروع المذكور ، المادة المذكورة .

خصوصًا القاعدة (وضع اليد دليل الملكية) إلا إذا كان المنقول ضمن ميراث . فيطبق عليه قانون التركة وهو محل وجودها .

والقوانين المتعلقة بأهلية الشخص ينفذ القانون الفرنسي على الفرنسي فقط ، ولو كان خارجًا عن أرض فرنسا فيكون عمله قانونيًا في فرنسا .

ويرى علماء القانون تطبيق قانون الأجنبي في أحواله الشخصية بشرط عدم مخالفته للقانون الفرنسي فيما يعتبر من النظام العام كزواج المسلم بغير واحدة على أرض فرنسا فهو ممنوع .

والقوانين الخاصة بالشروط المطلوبة في الإشهادات القضائية يعمل بما هو مطلوب قانونًا بقانون محل سماع الإشهاد .

والقوانين الخاصة بتنفيذ العقود وبالاتفاق تسري أولًا شروط المتعاقدين فيما اتفقا عليه ، وإلا فيسري قانون محل التعاقد .

بند [16] تطبيق القوانين الإسلامية

التشريع الإسلامي : القوانين المتعلقة بالأمن والنظام تطبق على جميع أرض المسلمين بلا فرق بين مسلم وغيره (وطني أو أجنبي) .

والقوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية تطبق على المسلمين وعلى من تحاكم إلينا من غير المسلمين . وأما الزواج الممنوع في التشريع الإسلامي كجمع بنت وعمتها أو زواج بنت الأخ [1] والجائز في شريعة الذمي (النصراني أو اليهودي المؤمن) فلا

(1) أما الأخت فهي كل أنثى ولدها أبوك وأمك أو أحدهما . وبنات الأخ وبنات الأخت كبناتك منك . الوسيط 102/5 .

جاء في حاشية الدسوقي قوله (وحلت الأخت إلخ) يعني أنه إذا اعتمد على امرأة أو تلذذ بأمته فلا يحل له التلذذ بأختها أو عمتها مثلًا بنكاح أو ملك إلا إذا أبان الأولى إن كانت منكوحة أو أزال ملكها إن كانت أمة حاشية الدسوقي 255/2 وجاء في الخرشي : اعلم أن الجمع بين المرأتين إما أن يكون بنكاح كما مر ، وإما بنكاح وملك يمين ... والمعنى أنه لا يجوز الجمع بين المرأة وخالتها أو عمتها في الوطء الخرشي 212/3 .

وجاء في المدونة الكبرى (قلت) أرأيت نكاح أهل الشرك وطلاقهم إذا أسلموا أتجيزه فيما بينهم في قول مالك (قال) كل نكاح في الشرك جائز فيما بينهم فهو جائز إذا أسلموا عليه وكان قد دخل بها ولا يفرق بينهما ؛ لأن نكاح أهل الشرك ليس كنكاح أهل الإسلام (قلت) أرأيت الذميين الصغيرين إذا تزوجا بغير إذن الآباء أو زوَّجهما غير الآباء فأسلما بعد ما كبرا أيفرق بينهما أم يقرهما على نكاحهما ؟ (قال) لم أسمع من مالك فيه =

يتعرض له التشريع الإسلامي ، بل يقرهم عليه .

والقوانين المتعلقة بالنظام العام كالدعوة لدين يخالف الإسلام أو الإخلال بالأمن العام فيجب على الذميين عدم الخروج على هذا النظام [1] .

فالإسلام دين سمح لا تعصب فيه لغير الحق ، قد ترك أهل الذمة يتعاملون فيما بينهم بأحوالهم الشخصية . وأما القوانين الفرنسية فلا تسمح للمسلمين في بلادهم بزواج غير واحدة . وأما القوانين الخاصة بالأملاك الشخصية العقارية فتسري قوانين البلاد الإسلامية على الجميع بلا فرق بين ذمي ومسلم ، وكذلك في المنقول متى تحاكموا إلينا .

ويطبق قانون الميراث على المسلمين أصالة ، وعلى الذميين إذا تحاكموا إلينا . ولا ميراث بين ذمي ومسلم ، ولا بين مسلم وذمي [2] .

والقوانين المتعلقة بأهلية الأشخاص [3] تختص بالمسلمين في أرضهم وفي خارج

= شيئًا وأرى نكاحهما جائزًا ولا ينبغي أن يعرض لأهل الذمة إذا أسلموا في نكاحهم ؛ لأن نكاح أهل الشرك أشر من هذا فنكاحهم ليس كنكاح أهل الإسلام فلا يعرض لهم في نكاحهم إلا أن يكون تزوج من لا تحل له فيفرق بينهما . المدونة الكبرى 218/2 ، 219 .

(1) هذه الفقرة تقابل المادة الثانية عشرة من مشروع القانون المدني المصري طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « يسري على الحالة المدنية للشخص وأهليته قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته . ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تتم في مصر وتترتب آثارها فيها إذا كان من باشر التصرف أجنبيًا ناقص الأهلية وفقا لقانونه ، ولكنه يعتبر كامل الأهلية طبقا للقانون المصري ، فإن هذا القانون هو الذي يسري » .

(2) جاء في المدونة الكبرى 87/3 وما بعدها (قلت) أرأيت أهل الملك من أهل الكفر هل يتوارثون في قول مالك (قال) ما سمعت من قول مالك فيه شيئًا ولا أرى أن يتوارثوا وقد سمعت من غير مالك أنهم لا يتوارثون (ابن وهب) وأخبرني الخليل بن مرة عن قتادة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد اللّه بن عمرو عن رسول اللّه ﷺ « أنه قال لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر ولا يتوارث أهل ملتين شَتَّى (قلت) أرأيت أهل الذمة إذا تظالموا في مواريثهم هل تردهم عن ظلمهم في قول مالك (قال) لا يعرض لهم (قلت) وتحكم بينهم بحكم الإسلام (قال) إذا رضوا بذلك حكمت بينهم بحكم أهل الإسلام . قال ابن الصلاح : وكذلك إذا ترافعوا إلينا هل يجب الحكم بينهم ؟ ... أنه يجب علينا دفع أذى بعضهم عن بعض . فإن الذمي في قبضتنا كالمسلم . المشكل ج 2 ق 134 والوسيط 80/7 وجاء في المغني لابن قدامة 509/4 وما كان بلوغا في حق المشركين كان بلوغًا في حق المسلمين كالاحتلام والسن .

(3) أهلية الأشخاص : هي صفة تمكن الشخص قانونًا من الالتزام ، والأهلية هي الأصل وعدم الأهلية هو الاستثناء .

بلادهم ، وتطبق على الذميين متى تحاكموا إلينا ، فتكون عقود المسلمين باطلة في غير وطنهم مثل وطنهم متى خالفت النصوص بالأهلية الشرعية . ويطبق قانون الأحوال الشخصية للذميين بينهم ، ولو خالف التشريع الإسلامي فلا نتعرض إليهم كزواج بنت الأخ [1] .

والإشهادات القضائية إن كانت المعاملات عامة بين مسلم وذمي أو بين ذميين وتحاكموا إلينا أو بين مسلمين تعين استيفاء الشروط المطلوبة لنفس هذا العقد ، وإن كانت لعقود خاصة كزواج فالعبرة بشروط الصحة عند الطرفين ، ويقرهم الإسلام على عقودهم [2] .

والقوانين الخاصة بتنفيذ العقود وبالاتفاقات تسري أولًا شروط المتعاقدين التي لا تخالف الشريعة في قواعدها العامة من تحليل حرام أو العكس بالنسبة للمسلمين ، وبلا قيد للذميين ، فإذا لم يتفقا فالعرف والعادة محكَّمان فيما لا نص فيه .

بند [17] الشخصية القانونية

القانون الفرنسي : الشخصية القانونية هي كل كائن له حقوق ، وعليه واجبات ، والشخصية القانونية قسمان : شخصية جِسْمَانية ، وهو الشخص الحقيقي ، وشخصية معنوية ، وهي ما تكوَّن من أشخاص حقيقيين كالحكومة والبلديات والجمعيات إلخ .

ويشترط لوجود الشخصية الحقيقية أن يولد الشخص حيًّا ، وأن يكون ممن يمكن أن يعيش ، فالمولود ميتًا والولد الناقص في التكوين بما لا يعيش بدونه ليست لهم

---

(1) جاء فيه عن مالك أنه لا يحكم بينهم في مواريثهم إلا أن يرضوا بذلك فإن رضوا بذلك حكم بينهم بحكم أهل الإسلام إذا كانوا نصارى كلهم وإن كانوا مسلمين ونصارى لم يردوا إلى أحكام النصارى وحكم بينهم بحكم دينهم ولم ينقلوا عن مواريثهم ولا أردهم إلى أهل دينهم . المدونة الكبرى 88/3 .

(2) وجاء في الوسيط أن أهلية المعاملات تستفاد من التكليف ، فتصرفات الصبي والمجنون بإذن الولي ودون إذنه ، وبالغبطة والغبينة باطلة خلافًا لأبي حنيفة . أما إسلام العاقد فغير مشروط إلا في شراء العبد المسلم . الوسيط 12/3 ، 13 جاء في الإقناع : تجري عليهم أحكام الإسلام في غير العبادات من حقوق الآدميين كالزنا والسرقة ، دون ما لا يعتقدون تحريمه كشرب الخمر ونكاح المجوس . الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع 25/4 ، 26 .

شخصية حقيقية ، ويؤخذ برأي الطب الشرعي في ذلك . وتبدأ الشخصية القانونية في الشخص الحقيقي من تاريخ ولادته ، ومع ذلك فإذا كان للشخص فائدة قبل ولادته ألحقها القانون به حتى من تاريخ الحمل به ، فيوصَى له ويُعْطَى ويعْتَرَف به شرعًا وقانونًا وهكذا ، وتنتهي الشخصية بموته .

صفات الشخص وما يعرض لها :

أولًا – حالة الشخص المدنية : يكون للشخص جنسية ويكون مواطنًا ، ويراد بالجنسية العلاقة القانونية التي تجمع أشخاصًا في حكومة واحدة محددة ، ويجب أن يكون لكل شخص جنسية ، ويجب ألا يكون له إلا جنسية واحدة ، ويجب ليكون الشخص مواطنًا أن يبلغ 21 إحدى وعشرين سنة ، وأن يكون ذكرًا .

ثانيًا – حالة الشخص العائلية : يكون الشخص أعزب أو متزوجًا ، وله أقارب وأصهار ، والأعزب الذي لم يتزوج ، والأقارب يكونون عَصَبَة ، والأصهار أقارب الزوج أو الزوجة لكل منهما . ويتبع هذا تمتعه بحقوق الجنسية الفرنسية ، وتحمله واجب الخدمة العسكرية ، وتمتعه بحق الانتخاب والوظائف العامة في الدولة ، ويكون محلفًا ، ويتمتع بالميراث وبحقوق الزوجية ويتحمل واجباتها ، ويتمتع بحقوق القرابة [1] .

بند [18] القانون الروماني

الشخصية القانونية كانت في القانون الروماني – وهي في الشخص الحقيقي ، وهو كل كائن حي – أهلًا للتصرف يملك حقوقًا ، وعليه التزامات . والشروط الأساسية للشخصية القانونية ثلاثة :

1 – كون الشخص حرًّا وليس رقًّا .

2 – كونه مواطنًا رومانيًّا ليس لاتينيًّا ولا أجنبيًّا .

3 – كونه رئيس عائلة .

وقد وجدت الشخصية القانونية المعنوية كالجمعيات والمؤسسات التي لها أملاك كالشخص الحقيقي (كنيسة – أديرة – حكومة إلخ) ، فيوجد الشخص المعنوي

(1) انظر : بنود 7 ، 8 ، 9 ، 10 ، 11 ، 12 ، 13 ، 14 ، 15 ، 16 ، في الباب الأول ، من الكتاب الأول ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 5 ، 6 .

أولًا بكل حرية ، ثم قيد وجوده لأسباب سياسية بإذن من الملك [1] .

بند [19] التشريع الإسلامي

الشخصية القانونية في التشريع الإسلامي هي كل موجود له حقوق وعليه حقوق ، وهي : شخصية ومعنوية ؛ فالشخصية تتحقق بوجود الشخص حقيقة أو حكمًا كأن كان حملًا ، ويجب أن يوضع ويستهل صارخًا أو تتحقق حياته . وتوجد هذه الشخصية بوجود الشخص - ولو حكما - فيصح الوقف عليه ، والهبة والوصية ، ولكن لا تلزم إلا باستهلاله صارخًا أو تحقق حياته ، وتنتهي هذه الشخصية بموته [2] .

والشخصية المعنوية هو الشخص المفروض وجوده قانونًا ليمثل جهة معينة كبيت المال مثلًا ، فيصح أن يقاضي ويتقاضى ، ويعين ولي الأمر من يمثله [3] .

إن صفات الشخص ومميزاته تأتي طبيعية مع وجوده حيث يحتاج لمكان يوجد فيه من أبوين ، ويتربى فيه مع أقرانه فيتعامل معهم ، ويتعاملون معه ، فتنشأ حالته

---

(1) الباب الثالث من الكتاب الأول من مدونة جوستنيان ، ص 10 « إن القانون المعمول به عندنا يرجع برمته إما إلى الأشخاص ، وإما إلى الأشياء وإما الدعاوى ... والأشخاص من جهة أحوالهم القانونية ينقسمون أساسيًا إلى قسمين ، فإنهم إما أن يكونوا أحرارا ، وإما أن يكونوا أرقاء » .

(2) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 38 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ، وقد نصت هذه المادة على ما يأتي :

1 - تبدأ شخصية الإنسان من وقت الحمل بشرط تمام ولادته حيا ، وتنتهي بموته .

2 - ويعين القانون حقوق الحمل المستكن .

وبهذا فإن شخصية الإنسان تبدأ من وقت الحمل بشرط تمام ولادته حيًا . وأساس هذا الحكم أن الجنين تكون له أهلية وجوب قاصرة على صلاحيته لكسب الحقوق النافعة نفعًا محضًا وتحمل الالتزامات التي تنشأ في أمواله أو بسببها . ومن ثم تثبت الشخصية للإنسان من وقت الحمل بما يشترط لذلك أن تتم ولادته حيًا . فثبوت الشخصية للإنسان من وقت الحمل يكون متوقفًا على ولادته حيًا . فإذا ولد الإنسان حيًا اعتبر شخصًا من وقت الحمل ، وإذا ولد ميتًا اعتبر كأنه لم يكن . ويتفرع على ذلك أن ما يكتسبه الجنين من حقوق يكون موقوفًا على شرط تمام ولادته . فإذا ولد حيًا استقرت له هذه الحقوق من وقت الحمل لا من وقت الميلاد . وإذا ولد ميتًا اعتبر كأنه لم يكن . وبالتالي لا يعتبر أنه قد استحق شيئًا مما تقرر له من حقوق .

(3) تناولت المادة 59 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية أنواع الأشخاص الاعتبارية المتمثلة في الدولة والهيئات والطوائف الدينية المعترف لها بالشخصية الاعتبارية ، والأوقاف والشركات التجارية والمدنية والجمعيات والمؤسسات التي اعترف لها القانون بالشخصية الاعتبارية : وهو ما تناولته المادة 52 مدني مصري . .

المدنية ؛ فيكون له جنسية أبويه أو جنسية مكان ولادته تحت حكومته ، ولا تعدد جنسيته ؛ لأنه متى اعتبر مقيمًا شرعًا في مكان تسري عليه أحكامه ، فلا يكون مسافرًا مقيمًا في آن واحد ، ولا مصريًا وحربيًا فرنسيًا في آن واحد (وإن أجازت ألمانيا أن يكون لرعاياها الحق في التجنس بغير الجنسية الألمانية مع حق الاحتفاظ بالجنسية الألمانية) . ويترتب على هذا التمتع بحقوق الوطن المقيم فيه وتحمل واجباته [1] ، وإن كان الإسلام سوَّى بين المسلمين في كافة بقاع العالم ، لا فرق بين عربي وعجمي في الإسلام ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ﴾ [2] ، ولا فرق بين قطر وقطر في أحكام الدين فتنفذ على الجميع ، فقط بين المسلمين والمحاربين فلهم أحكام خاصة .

بند [20] القانون الفرنسي

الأعمال القضائية الخاصة بحالة الشخص : للإنسان أن يباشر إثبات حالة يكون غير متمتع بها طالبًا إعطاءه حق التمتع بها ، وله مباشرة نفي حالة يكون متمتعًا بها الغير طالبًا منعه من التمتع بها .

وهذه الأعمال القضائية لا تكون جزءًا من التركة ، فلا تكون محلا للاتفاقات فلا تسقط هذه الحقوق بمضي المدة ولا تُنْقَل لغير الشخص صاحبها ؛ لأن لها صفات أدبية قبل كل شيء .

بند [21] التشريع الإسلامي

للولد مجهول النسب أن يطلب إثبات نسبة بالبينة حتى من أمه أو أبيه المتوفى . فإن عجز الولد عن الإثبات فقد انتفت نسبته لأبيه أو لأمه ، فإن أثبت دعواه ، وقَبِل أحدهما فقط ثبت ويتوارثان وينتفي عن الآخر . وإن وجد مانع حسي من تلاقي الذكر

---

(1) تناولت المادة 55 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية تعريف الموطن وجواز تعدده . ويتفق حكمه مع ما قرره الفقهاء المسلمون . فقد جاء في بدائع الصنائع (103/1 – 105) جواز أن يكون الموطن الأصلي واحدًا أو أكثر من ذلك بأن كان له أهل ودار في بلدتين أو أكثر ولم يكن من نية أهله الخروج منها ، وقد عرفت المادة 20 من ترتيب المحاكم الشرعية الموطن في ضوء أحكام الفقه الإسلامي بأنه البلد الذي يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة . انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة .

(2) سورة الحجرات الآية رقم 13 .

والأنثى انتفى الولد بدون لعان كمغربية على مشرقي أو كصبي وقت الحمل أو خصي أو مجبوب أو مقطوع البيضة اليسرى انتفى الولد بدون لعان لاستحالة الحمل [1] .

ولورثة المتوفى أن يحلوا محل مورِّثهم في كل حق له ما لم يتنازل بدون قيد المدة ، ولا تسقط دعوى النسب بالمدة الطويلة .

ويثبت النسب بالشهادة الشرعية ، وبالإقرار به من الأب ، أو بالسماع الشائع من الثقات [2] وغيرهم بهذا النسب ، ولا يحتاج لشيء آخر [3] .

بند [22] أهلية الشخص

القانون الفرنسي : الأهلية للشخص هي صفة شرعية للشخص يتمتع بها لممارسة حقوقه المدنية الأهلية ، وهي الأصل ، وعدم الأهلية هو الاستثناء ، وعدم أهلية التصرف يمكن وجودها في التمتع بالحقوق وفي ممارسة الحقوق ، فالطفل يكون أهلًا لملكية الحقوق ، ولكن لا يباشرها بنفسه قبل 21 سنة ، بل يباشرها بمن يمثله ، ولا يكون أهلًا للزواج ولا للوصية ولا للإقرار بالنسب ما دام قاصرًا ، فهو

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي قوله (مجهول النسب) أي مجهول الانتساب لمعين ، ويستثنى منه اللقيط فإنه لا يصح استلحاق إلا ببينة 412/4 . وجاء في الخرشي : إنما يستلحق الأب مجهول النسب لأن الاستلحاق من خصائص الأب فغيره لا يصح استلحاقه كالأم اتفاقًا ولا الجد على المشهور ولا غيرهما من الأقارب ... ويستثنى من قوله مجهول النسب اللقيط فإنه لا يصح استلحاقه إلا ببينة أو بوجه كما يأتي في باب اللقطة فالحصر منصب على الأب ومجهول النسب وهذا من غير الغالب أن المحصور فيه بإنما يجب تأخيره والقاعدة أغلبية ، أي لا يستلحق إلا الأب ولا يكون استلحاق من الأب إلا لمجهول النسب إن لم يكن يكذبه العقل لصغره ، أو العادة فإن كذبه العقل أو العادة فإنه لا يصح استلحاقه . الخرشي 100/6 ، 101 .

(2) فصلت المادة 19 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية كثيرا من هذه المعاني فنصت على : سريان . قانون الأب على المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية وتصحيح النسب بالزواج والإقرار بالبنوة وإنكارها والمرجع في هذا بالنسبة للمسلمين إلى قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها وإلى قواعد المذهب الحنفي إذا لم يوجد نص قانوني يتعلق بالنزاع .

(3) جاء في حاشية الدسوقي إذا شهد عدلان أجنبيان أن زيدًا ابن ثالث للميت ، أو أخ ثالث له ثبت النسب . واشتراط العدلية لثبوت النسب ؛ لأن النسب لا يثبت بالإقرار بل بالشهادة . حاشية الدسوقي 417/2 وجاء في الخرشي في الاستلحاق وهو الإقرار بالنسب أنه : إنما يستلحق الأب مجهول النسب لأن الاستلحاق من خصائص الأب ... والقاعدة أغلبية أي لا يستلحق إلا الأب ولا يكون استلحاق الأب إلا لمجهول النسب . الخرشي 100/3 ، 101 .

ممنوع من التمتع بالحقوق .

وأسباب عدم الأهلية هي صغر السن ، والتغير في العقل (العته والجنون) ، الأنوثة في الزواج ، وبعض أحكام جنائية [1] .

بند [23] القانون الروماني

الأهلية هي الأوصاف المعتبرة قانونًا ليتمتع بها الشخص لممارسة حقوقه ، ولا توجد الأهلية الشرعية ليكون الشخص أهلًا للتصرف إلا إذا كان ذا عائلة ، وكان حرًا ، ومواطنًا ، فإن فقد شرطًا من هذه الشروط فقد أهليته الشرعية ، فأسباب عدم الأهلية للأشخاص هي :

أولًا – من لا عائلة له .

ثانيًا – الرق ، من كان رقا أصلًا أو طرأت عليه الرقية .

ثالثًا – من كان أجنبيًا أو لاتينيًا يعني من فقد كونه رومانيا .

رابعًا – من كان دون 25 سنة .

خامسًا – المجنون والمعتوه .

سادسًا – الأنوثة فالمرأة لا أهلية لها طول حياتها [2] .

فالطفل والمجنون والمرأة يجب أن يكون لهم من يمثلهم ، والرق ومن لا عائل له يملكون ، ولكن ملكهم لسيدهم ولرئيسهم ، والأشخاص الذين يوضعون تحت الوصاية هم الأيتام من الجنسين ، والنساء تحت الوصاية مدة حياتهن .

والذين تحت القوامة هم : المجانين ، المسرفون والمبذرون ، القصَّر الذين بلغوا

(1) انظر : بنود 17 ، 18 ، 19 ، 20 ، 21 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني ، من الكتاب الأول ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي وبنود : 22 ، 23 ، 24 ، 25 ، 26 ، 27 ، 28 ، 29 ، 30 ، 31 ، 32 ، 33 ، في الفصل الثاني ، من الباب الثاني ، من الكتاب الأول من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 7 ، 8، 9 ، 10 ، 11 .

(2) الباب الثالث من الكتاب الأول من مدونة جوستنيان ص 10 « أن القانون المعمول به عندنا يرجع برمته إما إلى الأشخاص ، وإما إلى الأشياء ، وإما إلى الدعاوي ... والأشخاص من جهة أحوالهم القانونية ينقسمون أساسيًا إلى قسمين . فإنهما إما أن يكونوا أحرارًا ، وإما أن يكونوا أرقاء » الباب الثامن من الكتاب الأول من مدونة جوستنيان ص 18 .

خمسًا وعشرين سنة فما فوق [1] .

بند [24] التشريع الإسلامي

الأهلية الشرعية هي صفة تمكن الشخص قانونًا من الإلزام والالتزام ، والأهلية هي الأصل ، وعدم الأهلية هو الاستثناء [2] ، ويمكن أن يتمتع الشخص بالملكية دون حق التصرف فيها أو حق مباشرتها كالصغير والمجنون فيملكان بواسطة الوصي أو القيم ؛ فلا يباشر الصبي غير المميز [3] ومن في حكمه شيئًا إطلاقًا [4] .

فإن بلغ رشيدا أخرج من حجر أبيه يتصرف كما يشاء ، فإن كان محجورًا عليه قبل الرشد وبعد البلوغ فحينئذ لا بد لصحة تصرفه أن يفك حَجْره ، ومتى بلغ يكون أهلًا

(1) وهناك تقسيم آخر للأشخاص من جهة أن بعضهم مستقلون بشئون أنفسهم والبعض خاضعون لسلطة الغير ، ومن الفريق الثاني من هم تحت سلطة أحد أصولهم ، ومنهم من هم تحت سلطة سيد . الباب الثالث عشر من الكتاب الأول من مدونة جوستنيان ص 32 . أما الأشخاص الذين ليسوا تحت الولاية فهم فريقان : فريق تحت الوصاية أو القوامة ، والفريق الآخر أحرار حرية مطلقة .
بنود (25 ، 27 ، 29) في المقارنات وإشهادات الأحوال المدنية : انظر البنود : من البند 24 وحتى البند 54 في الباب الأول من الكتاب الثاني من تعريب القانون المدني الفرنساوي . الجزء الأول .

(2) تناولت المادة 50 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية تحديد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية ، وحق من يبلغ هذه السن في مباشرة حقوقه المدنية . وتستند هذه المادة إلى المبدأ الشرعي الذي يخول ولي الأمر سلطة سن ما تقتضيه المصلحة بما لا يناقض نصًا . إذ إن تقدير البلوغ بالسن في بعض الاجتهادات الفقهية بخمس عشرة سنة ، وفي بعضها الآخر بثماني عشرة سنة ، وفي بعضها بخمس وعشرين . وقد نصت المادة 106 من التقنين العراقي على أن « سن الرشد بثماني عشرة سنة كاملة » كما نصت الفقرة الثانية المادة 43 من التقنين الأردني على أن « سن الرشد ثماني عشرة سنة شمسية كاملة » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكما الشريعة الإسلامية ص 13 .

(3) يطابق هذا النص المادة 51 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، وهي مستمدة من الشريعة الإسلامية وتطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة 97 من التقنين العراقي ، والفقرة الثالثة من المادة 118 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، المادة المذكورة .

(4) جاء في حاشية الدسوقي : الحجر صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته أو تبرعه بزائد على ثلث ماله ، فدخل بالثاني حجر المريض والزوجة ، ودخل بالأول حجر الصبي والمجنون والسفيه والمفلس والرقيق فيمنعون من التصرف في الزائد على القوت ولو كان التصرف غير تبرع كالبيع والشراء . وحاصله أنه لما قدم أن الحجر على الصبي بالنسبة لنفسه لبلوغه فقط ذكر أن الحجر عليه بالنسبة لماله يكون لبلوغه مع صيرورته حافظًا لماله بعده فقط إن كان ذا أب أو مع فك الوصي والمقدم إن كان ذا وصي أو مقدم فذو الأب بمجرد صيرورته حافظًا للمال بعد بلوغه ينفك الحجر عنه وإن لم يفكه أبوه عنه . حاشية الدسوقي 292/3 ، 296 .

للزواج بنفسه ، وصح إقراره متى كان مكلفًا شرعًا وغير محجور عليه في المعاملات وغير متهم في إقراره لأصل غير مكذب للمقر ، ولم يكذبه عقل ولا عادة ولا شرع [1] .

وأسباب عدم الأهلية هي :

1 – الجنون ، فيحجر على المجنون لنفسه وماله لحفظهما ؛ فهو كالصبي المحجور عليه إلى إفاقته بالغًا رشيدًا .

2 – السَّفَه ، فيحجر على السفيه بالنسبة لماله .

3 – الرق ، فيحجر على الرقيق في ماله إلى عتقه أو إذن سيده .

4 – الصغر فيحجر على الصغير لنفسه وماله ، وينتهي حجره بالبلوغ بالنسبة لنفسه ، وبالحفظ مع البلوغ بالنسبة لماله إن كان له أب [2] .

5 – الفلس ، فيحجر على المفْلِس كما سيأتي التفصيل في موضعه .

وسيأتي الحجر على الزوجة في بعض مالها في مذهب الإمام مالك ، والحجر على المريض المشرف على الموت ، ومن في حكمه [3] إلخ ، وسيأتي أن الأنوثة ليست سببًا في الحجر كما في القانون الروماني ، ولا زواج الأنثى سببًا في الحجر كما في القانون الفرنسي في موضعه بإيضاح إن شاء الله تعالى .

(1) جاء في مواهب الجليل للحطاب في الحجر قول ابن رشد أنه المنع من التصرف في المال ، وقال في التوضيح : أنه منع المالك التصرف في ماله لمنفعة نفسه أو غيره . قال ابن الحاجب وابن شاس أسبابه سبعة الصبا ، والجنون ، والتبذير ، والرق ، والفلس ، والمرض ، والنكاح في حق الزوجة .. مواهب الجليل 57/5 وجاء في حاشية الدسوقي والشرح الكبير أنه إذ بلغ الذكر رشيدًا ذهب حيث شاء إلا أن يخاف عليه فساد أو هلاك فيمنعه الأب والصبي الذكر محجور عليه بالنسبة لنفسه للبلوغ ... والحاصل أنه متى بلغ عاقلًا زالت عنه ولاية الأب والوصي والحاكم . 3/ 292 ، 293 .

(2) تناولت المادة 53 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية الحكم بأن من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وأن من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة كون ناقص الأهلية . وهو ما جاء في المادة 46 من القانون المدني المصري .

(3) جاء في مواهب الجليل للحطاب : بالحجر على مريض حكم الطب بكثرة الموت به ويرجع إلى معرفة الطبيب بأن الهلاك به كثير (تنبيه) انظر من تصرف زمن الطاعون لم أر فيه الآن نصًا والظاهر أنه لا حجر عليه إلا أن يصيبه الطاعون .
(وعلى الزوجة لزوجها) تقدم في فصل الصداق عند قول المصنف وإن صدقته ففي ثلثها عن القرافي في الذخيرة وعن النوادر عن عبد الملك أنها إذا أقرت المرأة في الجهاز الكثير أنه لأهلها جملوها به والزوج يكذبها فإن لم يكن إقرارها بمعنى العطية نفذ وبمعنى العطية رد إلى الثلث والله أعلم . مواهب الجليل 78/5 ، 79 .

نتيجة المقارنات من بند 7 إلى نهاية بند 24

اتفاق التشريعين : صفات القانون ،القانون العادي ، قوانين حتمية ، قوانين مبيحة تفسيرية أو تكميلية ، العقاب الذي يضمن تنفيذ القانون ، أوامر تشبه القانون ، تطبيق القوانين وشرحها ، عمل القوانين ، إلغاء القوانين ، الشخصية القانونية ، صفات الشخص وما يعرض له ، أهلية الشخص الشرعية إلا في أهلية الزوجة .

اختلاف التشريعين : القانون الدستوري [1] ، تطبيق القوانين الفرنسية في بعض أحوالها .

(1) يقصد بالقانون الدستوري ما أشار إليه (ص 81 مما سبق) من أصول الأحكام التي تعرف بنص صريح من كتاب أو سنة أو إجماع مما لا يمكن تغييره .

بند [25] إشهادات الأحوال المدنية

القانون الفرنسي : إشهادات الأحوال المدنية هي محررات مدونة في دفاتر محفوظة في بلديات كل قسم إداري لإثبات الأعمال الرئيسية لوجود الشخص (ولادة - وفاة - زواج) [1] .

قواعد عامة لكل إشهاد مدني :

أولًا - الأشخاص الذين يشتركون في الإشهاد .

1 - الموظف (محرر العقود المدنية) هو العمدة أو من ينوب عنه باختياره أو بنص القانون ، ويختص بسماع جميع الإشهادات في دائرة اختصاصه الإدارية فقط ، وتكون باطلة إذا كانت من دوائر أخرى ، وواجباته التحقق بنفسه في حالة الوفاة ، وجعل الزواج عامًّا ، وإعلانه ، وتحرير الإشهادات وإعطاء صورة منها للطالبين ، والتأكد من حفظ الإشهادات المدنية .

2 - المشهدون والحاضرون ، وهم الأشخاص الذين يبلغون الموظف المختص موضوع الإشهاد الذي يسجله ، وكل شخص يمكنه ذلك ولو كان قاصرًا .

3 - الشهود ، ويحققون ثلاثة أشياء : شخصية المشهدين ، والطرفين ، وصدق الحادث المبلغ عنه ، ومطابقة ما يُدوَّن في الإشهاد إلى ما أُبْلِغ للموظف ، ويكفي بلوغ الشاهد 21 سنة ذكرًا أو أنثى بلا تفرقة .

4 - الطرفان ، وهما من يخصهما ما تدون في الإشهاد ، وفي الولادة والوفاة يجب حضور الطرفين شخصيًّا أو كليهما بتوكيل رسمي مسجل .

بند [26] التشريع الإسلامي

إن نظام التوثيقات معمول به في المحاكم الشرعية ، وقد حتم المشرع أن يكون مع القاضي موثق يسمع الإشهادات [2] ويدوِّن الأحكام في سجلاتها ، ويحفظها ،

---

(1) انظر : البنود من البند 34 حتى البند 54 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 12 ، 13 ، 14 ، 15 ، 16 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي الإشارة إلى اعتماد القاضي المنهي إليه كتاب قاض مع شاهدين ، ومحل اعتماده على شهادتهما مع مخالفة كتابه إذا طابقت شهادتها الدعوى وإلا لم يعتمد عليهما في شهادتهما ، وندب =

ويختص القضاة بسماع الإشهادات الخاصة بالزواج وغيرها ، وأما الشهود فيجب أن يكونوا عدولا مكلفين شرعًا بلغوا 15 سنة ذكورًا أو إناثًا أو امرأتين ، والمرأتان تعادلان رجلا على تفصيل في مواضع الشهادة ، وهذا لا يأباه المشرع من نظام بل دعي إليه ، وختم العمل به [1] .

بند [27]

ثانيًا سجل الأحوال المدنية

القانون الفرنسي : يوجب القانون تدوين كل إشهاد قانوني في سجلٍّ ذي أرقام متتابعة مُوَقَّعًا على كل صحيفة فيه من قاضي محكمة أول درجة أو من ينوب عنه بدون ترك بياض أو تحشير أو كتابة تاريخ بالأرقام ، ويجب ختمه في نهاية كل سنة إلخ ، ويجب كَوْن السجل من نسختين إحداهما في المحكمة الابتدائية ، والثانية تحفظ في المركز الإداري ، ويكونان متطابقتين ، وعلى وكيل النائب العام تفتيش قلم الحفظ كل سنة ، ورفع تقرير عن المخالفات الموجودة في السجلات المحفوظة ، ويجب التأشير على هامش إشهاد الطلاق ، والإقرار بالبنوة وشرعية الولد بمضمون الإشهاد اللاحق المتعلق بهم ، وكل إشهاد لم يُسْمَع ، ولم يُسَجَّل من الموظف المختص يكون لاغيًا ، وكذا كل إشهاد حُرِّر في غير السجل أو في ورق عادي يعتبر لاغيًا .

والسجل يكون عموميًّا يصح أخذ صورة مما تدون فيه ، ويجب إمضاء الموظف على الصورة المستخرجة [2] .

= ختمه من خارجه على نحو شمعة خوفًا من أن يسرق أو يسقط من الشهود فيزاد فيه أو ينقص منه ، وأما ختمه من داخله فهو واجب ؛ لأن العرف عدم قبول غير المختوم من داخله حاشية الدسوقي 160/4 وجاء في الخرشي : أن القاضي يرتب له كاتبًا عدلًا يضبط الوقائع التي يحكم فيها ، ويشترط في هذا الكاتب أن يكون من أعدل الموجودين مرضيًّا عند الناس كما يشترط في المزكي أن يكون عدلًا مرضيًّا . الخرشي 148/7 ، 149 .

(1) جاء في المدونة (قال) لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القصاص في القتل ولا في الطلاق ولا في النكاح ولا تجوز شهادتهن فيه على شهادة غيرهن عندي في شيء من هذه الوجوه (قال) وتجوز شهادتهن على الشهادة إذا كان معهن رجل في الأموال . وفي الوكالات على الأموال قال لي مالك : ولا تجوز شهادتهن وإن كن عشرين امرأة على شهادة امرأة ولا رجل إذا لم يكن معهن رجل 83/4 ، 84 .

(2) انظر : البنود من 34 حتى البند 54 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 12 ، 13 ، 14 ، 15 ، 16 .

بند [28] التشريع الإسلامي

هذه نظم إدارية ، وليست تشريعية بالمعنى المراد وهو الحكم في فصل النزاع ، بل هذه نظم للتوثيقات نصَّ المشرع الإسلامي عليها ، واتخذها بالفعل ، وهي موجودة فعلا ، ولها نظام دقيق [1] .

بند [29] قوة الإشهاد المدني في الإثبات

القانون الفرنسي : الإشهاد دليل لما تدون فيه ، ولا يطعن عليه ، ولا يعارض فيه إلا بادعاء التزوير لما سمعه أو رآه الموظف المختص ، وأما ما أخبره به المبَلِّغ كساعة الولادة أو اليوم فيجوز معارضته بدليل آخر .

الدليل على حصول مضمون الإشهاد المدني في الولادة والوفاة والزواج لا يكون إلا بنفس الإشهاد ، وفي حالة عدم وجود سجل مطلقًا أو فقده يجوز الإثبات بالشهود أو بدليل كتابي .

إصلاح الإشهاد المدني : متى حصل غلط في الإشهاد قبل انصراف المبلِّغ وذوي الشأن والشهود يمكن للموظف إصلاحه ثم التوقيع من الجميع على الأصل والتصليح ، ولكن متى انفض مجلس الإشهاد انتقل حق إصلاحه من غلط أو خطأ إلى القضاء بناء على طلب ذوي الشأن أو النيابة العمومية ، ويجب أن يكون لذوي الشأن مصلحة موجودة بالفعل ، ولو أدبية ، وفي طلب النيابة العمومية يجب أن ينص القانون عليها أو تمس الصالح العام ، ومحكمة القسم الإداري الذي به السجل هي المختصة ، ومتى صدر قرار التصحيح يسجل في سجل الإشهادات المدنية ، ولا يغيَّر المصحَّح ، ولا يمحى منه شيء ، فقط يؤشر على هامشه بمضمون قرار التصحيح ، وتخرج الصورة أو الملخص بما تضمنه التصحيح [2] .

---

(1) جاء في المغني لابن قدامة المقدسي 76/9 : وينبغي أن يجعل من بيت المال شيء يرسم الكاغد الذي يكتب فيه المحاضر والسجلات ؛ لأنه من المصالح فإنه يحفظ به الوثاق ويذكر الحاكم حكمه والشاهد شهادته .

(2) انظر : البند 34 وحتى البند 54 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 12 ، 13 ، 14 ، 15 ، 16 .

بند [30] التشريع الإسلامي

الإشهاد الشرعي دليل لما تَدَوَّن فيه متى كان حائزًا الصفة القانونية الشرعية ، وما جعل له الإشهاد أصلًا ، فإن كان إخباريًّا فشهادة شهوده تنصب على حقيقة المخبر وحصول الإقرار منه ، وإن كان إنشائيًّا فيدل على حدوث الحادث ، وهم له شهود ، ويدل لمعرفة المشهد وما ذكر في الإشهاد مما جعل له ، ويجوز الطعن في هذا بالتزوير ، وله طرق منظمة أمام المحاكم الشرعية الآن .

ويكون المستخرج الرسمي (الإشهاد المدني) دليلا في الولادة والوفاة والزواج إن وجد ، وإلا فيثبت الزواج بشاهدي عدل والوفاة كذلك ، وقد منع الحاكم إثبات الزواج عند الإنكار بدون وثيقة زواج رسمية ، وأما في الولادة فيكفي شهادة النساء على ما لم يطلع عليه الرجال [1] ، وأما النسب فلا بد من عدلين [2] ، وسيأتي تفصيل الشهادة في موضعها . وأما مسألة إصلاح الإشهاد [3] فهي معمول بها أيضًا في المحاكم الشرعية أمام القاضي أو كاتب الإشهادات المسموح له بسماع وضبط هذه الإشهادات من رئيس أو من نائب المحكمة الذي يملك ذلك .

---

(1) جاء في المدونة الكبرى : (قال) تجوز شهادة النساء فيما لا ينظر إليه الرجال ، أربع نسوة (ابن وهب) عن سفيان عن منصور عن الحكم بن عينية قال : امرأتان (ابن مهدي) وقال الشعبي : تجوز شهادة أربع نسوة فيما لا يراه الرجال . المدونة 82/4 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي : فإذا شهد عدلان أجنبيان أن زيدًا ابن ثالث للميت أو أخ ثالث له ثبت النسب . وفي الشرح الكبير (وإن أقر عدلان) ابنان أو أخوان أو عمان بثالث ثبت النسب .... ولكن مثلهما الأجنبيان في ثبوت النسب بل أولى . حاشية الدسوقي والشرح الكبير 417/3 .

(3) جاء في الخرشي أن على القاضي أن يرتب «كاتبًا عدلًا يضبط الوقائع التي يحكم فيها ، ويشترط في هذا الكاتب أن يكون من أعدل الموجودين مرضيًّا عند الناس كما يشترط في المزكي أن يكون عدلًا مرضيًّا . ويختار القاضي المزكي والكاتب باعتبار كونهما من أعدل الموجودين والمراد بالمزكي هنا هو أن يكون عينا للقاضي يخبره عن الشهود في مساكنهم وأعمالهم ، وأما مزكي البينة فسيأتي أنه لا بد فيه من التعدد . فإن قلت إن أراد مزكي السر وذكره هنا لشيء غير ما مر وهو اشتراط كونه عدلًا ، أو يقال : إن المراد هنا اتخاذ شخص يخبره بأحوال من يشهد عنده من شهود وغيرهم بخلاف السابق فإنه المتخذ ليخبره بما يقال في شهوده ، فتلك خاصة وهذه عامة . والمترجم عند من لا يعرف العربية أو عند من لا يعرف العجمية مثلًا مخبر فيكفي الواحد ، وكذلك المحلف للغير عن القاضي . وإن احتكم للقاضي خصوم يتكلمون بغير العربية ولا يفقه كلامهم ينبغي أن يترجم عنهم رجل ثقة مأمون مسلم . الخرشي 148/7 ، 149 ، وكذلك حاشية الدسوقي والشرح الكبير 138/4 ، 139 .

بند [31] قواعد خاصة لإشهادات الولادة والوفاة

القانون الفرنسي : **الولادة** : يجب على الأب إن كان موجودًا ، ثم على الطبيب المولِّد ، ثم على القابلة ، ثم على من تمَّ الوضع في بيته ، ثم على أي شخص حضر الولادة تبليغ الموظف المختص بقيد المولود في مدة ثلاثة أيام كاملة وإلا حوكموا ، ويجب إثبات ذكورته أو أنوثته ، واليوم ، والساعة ، ومكان الولادة ، والاسم الذي يعطاه الطفل ، واسمي أب وأم الطفل ، وصناعتهما ، ومحل إقامتهما ، واسم ، وصناعة ، ومحال إقامة الشهود ، ويجب إمضاء الشهود ، والموظف ، وأصحاب الشأن على الإشهاد ، ولا يلزم ذكر الأب في الولد الطبيعي ، وفي ذكر الأم خلاف .

الوفاة : لا يمكن دفن ميت إلا بتصريح من موظف الإشهادات المدنية الذي يجب أن يتحقق من الوفاة ، ولا يدفن إلا بعد 24 ساعة من الوفاة إلا لضرورة ، ولا يعطي تصريح الدفن إلا بعد تحرير إشهاد الوفاة بشهادة شاهدين ، ويشتمل إشهاد الوفاة على اسم ، ولقب ، وسكن المتوفى ، وزوجته - إن كانت - وعمره ، وصناعته ، واسم ، ولقب ، وصناعة ، وسكن المبلِّغ إن كان ، ويجب التأشير بالوفاة على إشهاد الميلاد للمتوفى المذكور ، ويذكر في الإشهاد يوم وساعة الوفاة ، فإن توفي في غير محل ولادته بلِّغَت الوفاة لمحل سِجِل الولادة في أقرب وقت للتأشير على هامش الإشهاد بالوفاة .

وتحكم المحاكم بالوفاة في حالة الوفاة غير الطبيعية كالموت الجنائي ، والاختفاء ، والغرق . والحكم الصادر في الأحوال الشخصية يحوز قوة الشيء المحكوم فيه الخاصة لا العامة ، فلا يعارض حقوق الغير ، ولا يعارضه الغير إلا في بعض الأحوال ، فيكون فيه قوة الشيء المحكوم فيه العام . فيعارض الغير كالحكم الصادر في دعوى إنكاره الأبوة ، وكالحكم المقرر لحالة كالطلاق وإبطال عقد الزواج [1] .

---

(1) انظر : البنود من البند 55 حتى البند 62 في الباب الثاني ، من الكتاب الثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي . وكذلك البنود من البند 77 حتى البند 87 في الباب الرابع ، من الكتاب الثاني ، من هذا التعريب ، الجزء الأول ص 16 ، 17 ، 18 .

بند [32] الولادة والوفاة

التشريع الإسلامي : أصبحت النظم المعمول بها في إثبات الولادة والوفاة فرضا متبعا ؛ لأنه قد رتبها وأمر بها ولي الأمر ، وهي ليست أحكامًا تقطع الخصومة ، وإنما هي أعمال يترتب عليها إثبات نسب طفل يلازمه للممات ، ويترتب عليها ميراث له ومنه إلخ ، وقد كان اعتماد الشارع أولًا على الشهادة ، ولكن الزمن قد استدار فمن مصلحة الهيئة الاجتماعية الاعتماد على الإثباتات الرسمية فهي أدق وأحكم ، ولا شك أن المشرع دعا للتمشي مع الزمن ومسايرته لمصلحة الناس فكانت هذه النظم مطلوبة شرعًا .

ولا داعي لحكم القاضي بالوفاة في الموت الجنائي أو الغرق ما دامت الوفاة على هذا الوجه كانت معلومة ، فإن كانت وفاة الشخص مجهولة أو اختفى بدون علم وفاة أو حياة فيثبت موته بحكم القاضي ، وسيأتي في موضعه (في الغيبة) .

والحكم الصادر في الوفاة والنسب لا يحوز قوة الشيء المحكوم فيه مطلقًا ، والحكم في الولادة والنكاح يحوز قوة الشيء المحكوم فيه ، ففي الأول لا يتعدى أطراف الخصومة فيه ، فلا يعارض حقوق الغير مطلقًا ، ولا يعارضه الغير مطلقًا ، فلو أثبت شخص أن والده توفي وأنه وارث فيه وحكم له بذلك فلا ينافي أن شخصًا آخر يدعي البنوة لهذا المتوفى [1] ، ويثبتها ثم يحكم له بها مثلًا [2] .

بند [33] اسم الشخص

القانون الفرنسي : اسم الشخص هو ما يسْتَعْمَل للدلالة على شخص ، ويميزه

---

(1) يقابل هذا النص المادة 40 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، إذ تنص المادة الثلاثون على أنه :

1 - تثبت وقائع الحالة المدنية بالسجلات الرسمية المعدة لذلك .

2 - وينظم هذه السجلات ويحدد حجيتها في الإثبات قانون خاص .

3 - فإذا لم توجد هذه السجلات ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بها جاز الإثبات بأية طريقة أخرى . انظر : المذكرة الإيضاحية لهذه المادة .

(2) قال مالك في المدونة : كل مال لا يعرف لمن هو ، ويدعيه رجلان فإنه يقسم بينهما فأرى هذا كذلك . المدونة 85/3 وجاء في حاشية الدسوقي : .... لو مات شخص وأخذ ماله من أقام بينة أنه وارثه أو مولاه وأقام غيره بينة أنه وارثه أو مولاه وتعادلتا فإنه يقسم بينهما . حاشية الدسوقي 221/4 .

عن آخرين ، والمعبر عنه باسم العائلة (أبو زيد) .

والاسم العلم هو ما يضاف إلى اسم العائلة لتمييز أفراد عائلة واحدة ، بعضهم عن بعض مثل (سيد أبو زيد ، فسيد اسم علم ، وأبو زيد اسم الشخص يعني اسم العائلة) . والفرق بينها أن الشخص لا يكون له إلا اسم عائلة فقط ، وليس لأحد تسميته بغير اسم عائلته طبقًا للقانون بخلاف العلم .

يملك الولد الشرعي اسم عائلته بمجرد ولادته فيسجل اسمه في إشهاد الميلاد ، والولد الطبيعي يسمى باسم من اعترف ببنوته أُمًّا أولًا ثم أبا . والولد اللقيط يسميه العمدة أو رئيس المستشفى ، والولد المتبنى يحمل اسم من تبناه مضافًا إلى العلم الموضوع له ، وتحمل المرأة المتزوجة اسم زوجها بمجرد الزواج ، وحقيقة إمضائها تكون باسم زوجها .

فقد الاسم : تفقد المرأة اسم زوجها متى طلقها ، وتحمل اسمها قبل الزواج ، ويبقى مع المتوفى عنها إلا إذا تزوجت فتحمل اسم زوجها الأخير ، وفي حالة الفرقة بدون طلاق تنظر محكمة الموضوع في طلب عدم حمل الاسم فترى المصلحة في المنع أو دوام الحمل . ويمكن تغيير الاسم بواسطة الطرق الإدارية ، ويُؤْخَذ رأي المجلس الاستشاري ، ويصدر بها دكريتو يُنْشَر في الجريدة الرسمية ، ويعمل به بعد سنة من تاريخ نشره ، ويصح لمن يهمهم الأمر المعارضة في هذه المدة . ومن غيَّر اسمه الذي سجل في إشهاده أو حرفه بغير الطريق القانوني يحكم عليه بغرامة من 500 فرنك إلى 1000 فرنك ، ويتهم بالتزوير ، ويحاكم بالمادة 147 قانون جنائي . والاسم حق العائلة فمن استعمله حق لصاحبه طلب التعويض الكافي ، ويحكم له [1] .

بند [34] التشريع الإسلامي

اسم الشخص هو ما وضعه الوالدان أو غيرهما عند ولادة الطفل عليه ليميزاه به بين أمثاله من بني آدم كسيد وإبراهيم ، واللقب هو ما أَشْعَر بذم أو مدح ، والكنية ما صُدِّرَت بأب أو أم ، فمثلًا سيد أبو حسين ، (سيد) علم للشخص (وأبو حسين) كنيته .

---

(1) انظر : البنود 56 ، 57 ، 58 من الباب الثاني ، من الكتاب الثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 16 ، 17 .

ويجب أن يكون للشخص اسم واحد (عَلَمٌ) يتميز به بين أقرانه ، فإن تعدد أقرانه باسمه مُيِّز عنهم باسم أبيه ، فإن تعددوا أيضًا مُيِّز بينهم باسم الجد ، فإن تعددوا مُيِّز بينهم باسم المحلة (محل السكن) وهكذا .

والشرع يعتبر الاسم العلم أولًا فينادي الشخص به ، ثم يضاف له اسم الأب ، ثم اسم العائلة بخلاف أوربا ، فينادون أولًا الشخص باسم عائلته ثم باسمه العلم ، فلا يباح في عرفهم مناداة الشخص باسمه العلم إلا في عائلته ، أو بين زوج وزوجته ، أو بين أصدقاء رُفِع التكليف بينهم .

ويجب على الأب تسمية ولده الشرعي متخيرا له اسمًا لا شؤم فيه فيُسَجَّل في إشهاد الميلاد به مضافًا إليه اسم أبيه ، والولد الذي لا أب له معروفا ، وأقر بنسبه رجل يولد مثله لمثله يوضع له اسم ، ثم يضاف من اعترف به ، حيث إن الإسلام قد أبطل عادة التبني [1] التي كانت من عوائد الجاهلية فألغاها الخلاق العظيم ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾ [2] إلخ ، ﴿ مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ ﴾ [3] مع أنه ﷺ كان قد تبنى زيدًا [4] قبل أن يُبْعَث برسالته للخلق أجمعين فبطلت تلك العادة .

ولا تحمل المرأة المتزوجة اسم زوجها بل تبقى كما كانت قبل الزواج يقال :

---

(1) جاء في أحكام القرآن لابن العربي في المسألة الرابعة قوله : ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ﴾ ، كان الرجل يدعو الرجل ابنًا إذا ربّاه ، كأنه تبنّاه؛ أي يقيمه مقام الابن فردَّ اللّه عليهم قولهم ؛ لأنهم تعدَّوْا به إلى أن قالوا : المسيح ابن اللّه : وإلى أن يقولوا : زيد بن محمد ، فنسخ اللّه هذه الذَّرِيعة وبت (أي قطع) حَبْلَهَا ، وقطع وصْلها بما أخبر من إبطال ذلك . أحكام القرآن 1504/3 ويقول ابن حجر في تفسير قوله : ﴿ وَتُخْفِي فِي نَفْسِكَ ﴾ والحاصل أن الذي كان يخفيه النبي ﷺ هو إخبار اللّه إياه أنها ستصير زوجته (أي زينب بنت جحش) والذي كان يحمله على إخفاء ذلك خشية قول الناس تزوج امرأة ابنه وأراد اللّه إبطال ما كان أهل الجاهلية عليه من أحكام التبني بأمر لا أبلغ في الإبطال منه ، وهو تزوج امرأة الذي يدعي ابنا ووقوع ذلك من إمام المسلمين ليكون أدعى لقبولهم . فتح الباري . 143/10 .

(2) سورة الأحزاب الآية رقم 5 .

(3) سورة الأحزاب الآية رقم 40 .

(4) زيد بن حارثة بن شراحيل بن كعب بن عبد العزى بن امرئ القيس . قال ابن إسحاق : هو مولى رسول اللّه ﷺ أصابه رقًّا في الجاهلية ، واشتراه حكيم بن حزام لعمته خديجة بنت خويلد من سوق عكاظ وقيل : اشتراه من سوق حُبَاشة فوهبته خديجة رضي الله عنها للنبي ﷺ بمكة قبل النبوة وهو ابن ثماني سنين ، وقيل : بل رآه رسول اللّه بالبطحاء بمكة ينادى عليه ليباع ، فأتى خديجة فذكره لها ، فاشتراه من مالها ، فوهبته لرسول اللّه =

« حفصة بنت عمر » [1] فقط يقال لها زوج فلان ، وتكتب اسمها الحقيقي ، وتمضي به في التوثيقات ، وتعرف به .

وبما أن الزوجة لا تحمل اسم زوجها فلا تفقده لا بالطلاق ولا بالموت . ويمكن تغيير الاسم بإشهاد أمام القاضي ، ويُعْمَل به من تاريخ التغيير [2] ، ومن نسب نفسه إلى غير ما عرف به فقد قذف أمه فيحد [3] حد القذف [4] ، وكذا من نسب ولدا لغير أبيه تصريحًا أو تلويحًا [5] فإنه يحد [6] .

بند [35] محل الإقامة

القانون الفرنسي : محل الإقامة هو المحل الذي يقيم فيه الشخص لمباشرة أعماله الأساسية ومصالحه ، فكل شخص له محل إقامة قانوني ثابت منظم . والفرق بين محل

= فأعتقه وتبناه . وقال ابن عمر : ما كنا ندعو زيد بن حارثة إلا زيد بن محمد حتى أنزل اللّه : ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ ﴾ . أسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير 281/2 .

(1) هي بنت أمير المؤمنين . عمر بن الخطاب ، تزوجها النبي ﷺ ، بعد انقضاء عدتها من خنيس بن جذامة . قيل إنها ولدت قبل المبعث بخمسة أعوام . فعلى هذا يكون دخول النبي ﷺ بها ، ولها نحو من عشرين سنة ، توفيت حفصة سنة إحدى وأربعين عام الجماعة ، وقيل : توفيت سنة خمس وأربعين بالمدينة وصلى عليها والي المدينة مروان . ترجمتها : الذهبي في العبر 5/1 ، المزي في تهذيب الكمال رقم 8406 ، ابن الأثير في أسد الغابة 65/7 ، ابن سعد في الطبقات 81/8 ، الذهبي في سير أعلام النبلاء 490/3 .

(2) تناولت المادتان 41 ، 42 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية الحكم بأن لكل شخص اسما ولقبا مع الإشارة إلى التشريع الخاص الذي ينظم اكتساب الألقاب وتغييرها ، وحق الشخص في المطالبة بالتعويض ممن نازعه في استعمال اسمه ولقبه . وهو ما تناولته كذلك المادتان 50 ، 51 من القانون المدني المصري . ويتفق ذلك مع مقررات الفقه الإسلامي ، لأن حماية اسم الشخص ولقبه من المصالح المعتبرة في الشرع ، لترتب الحقوق على إثباتها . وهو ما توضحه النصوص الفقهية الواردة في الهوامش التالية .

(3) قاعدة : من نسب نفسه إلى غير ما عرف به فقد قذف أمه فيحد حد القذف .

(4) جاء في الخرشي أن المكلف إذا قال في حق نفسه أنا نغل أي فاسد النسب فإنه يحد ؛ لأنه نسب أمه إلى الزنا ، وكذلك إذا قال في حق نفسه أنا ولد زنا ؛ لأنه رمى أمه بالزنا ، وكذلك إذا نسب نفسه إلى بطن أو نسب أو عشيرة غير بطنه أو نسبه أو عشيرته لأنه قذف أمه بالزنا . الخرشي على مختصر خليل 88/8 .

(5) قاعدة : من نسب ولدًا لغير أبيه تصريحًا أو تلويحًا فإنه يحد .

(6) جاء في حاشية الدسوقي 325/4 : أنه إذا قال شخص لآخر : لست ابن فلان الذي هو جده فإنه يحد ولو قال : أردت لست ابنه من صلبه لأن بينك وبينه أبا فلا يصدق ... (قوله صريحًا) أي كقوله له لست ابنا لفلان (وقوله أو تلويحًا) أي مفهما لنفي النسب بالقرائن كالخصام ، وكذا يقال في قوله أو إشارة أي بعين أو حاجب أو يد .

الإقامة والسكن أن السكن ليس ملحوظًا فيه الدوام والاستقرار ، وقد يتعدد بخلاف محل الإقامة ، وقد يكون محل الإقامة عامًّا ، كما يكون خاصًّا ، فالعام هو العادي أو الحقيقي ، وهو ما يباشر الشخص فيه عامة حقوقه ، والخاص هو الذي يباشر الشخص فيه بعض حقوقه أو يقوم ببعض التزاماته ، ويشمل محل الإقامة الخاص .

1 - محل الإقامة السياسي الذي يباشر فيه حقوقه السياسية .

2 - محل إقامة المساعدة ، وهو ما يباشر فيه طلب المساعدة الطبية .

3 - محل إقامة الزواج ، وهو المكان الذي يتزوج فيه .

4 - محل الإقامة المختار ، وهو ما يختاره الشخص المعنوي لمباشرة أعماله القضائية مثلًا . ومحل الإقامة العام له قاعدتان :

الأولى : أن كل شخص له محل إقامة .

الثانية : أنه ليس لكل شخص إلا محل إقامة واحد .

محل الإقامة القانوني أو المفروض بالقانون :

يفرض القانون محل إقامة الأشخاص الآتية كالآتي :

أولًا - محل إقامة الموظف الدائم هو المحل الذي يباشر فيه عمله الرسمي .

ثانيًا - محل إقامة الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد عند أبيه أو وصيِّه إن كان ولدًا شرعيًّا . فإن كان طبيعيًّا ، واعترف أحد ببنوته فمحل إقامته مع من اعترف به ، وإن لم يعترف به أحد فمحل إقامته أينما يكون في مؤسسة .

ثالثًا - محل إقامة الرشيد البالغ الممنوع من التصرف بموجب القانون أو بحكم قضائي يكون محل إقامة وصيهم أو من ولاه القانون عليهم ، ومن ذلك النساء المتزوجات فمحل إقامتهن هو محل إقامة أزواجهن إلا إذا طلقت أو انفصلت عن زوجها فلها اختيار محل إقامة كما تشاء ، فإن فَقَد زوجها أهلية التصرف ، وعينت عليه قيمة ، فلها اختياره أيضًا .

رابعًا - محل إقامة العامل أو الموظف عند من يخدمون أو يعملون بشرط أن يبيت معه في مكان واحد ، وأن يعمل عنده فقط عادة ، وألا يكون له محل إقامة جبري بموجب القانون .

ومحل الإقامة الاختياري هو الذي لم يفرضه القانون ، بل يختاره الشخص نفسه .

متى بلغ القاصر رشيدًا ، أو طلقت الزوجة ، أو خرج العامل أو الموظف من عمله ، واختار محل إقامة آخر يقال : إنه غَيَّر محل إقامته ، فتغيير المحل يحتاج إلى عاملين حسي ومعنوي ، فالحسي : تغيير المحل بالفعل إلى مكان آخر ، والمعنوي : نية الإقامة في المحل الجديد ومباشرة مصالحه وأعماله فيه .

وإثبات محل الإقامة الحسي لا يحتاج إلا إلى المشاهدة ، ومحل الإقامة المعنوي يكفي فيه إعلان الانتقال في الدائرة التي نُقِل فيها ومنها [1] .

بند [36] محل الإقامة

التشريع الإسلامي : الإنسان له وعليه من معاملات والتزامات ، والتدافع في الحياة يقضي بالتزام العدل مع مثله أيضًا فيما له وعليه ، والطبع البشري وطبيعة الحياة تقضي بافتيات البعض على البعض الآخر ، فليس الناس ملائكة؛ فوجب وجود قانون يُتَّبَع ، ووجب تنظيم الرجوع إلى هذا القانون ، وهي طرق التقاضي والمرافعات ، وبما أنه يجوز لِوَلي الأمر تبعًا للمصلحة العامة تخصيص القضاء بالمادة والمكان والزمان ، يترتب على هذا النظام والقيود أن يكون لكل شخص محل إقامة ومحل إقامة واحد ليُقَاضَى ويُقَاضِي اتباعًا لأمر أولي الأمر الواجب الطاعة في غير محرم إجماعًا .

فمحل الإقامة لكل شخص هو ما يباشر فيه أعماله الأساسية عادة ، ولا مانع شرعًا من تعيين محال إقامة للموظف في محل عمله ، وللصغير عند وليه أو وصيِّه ، وللزوجة عند زوجها متى كانت في محل الزوجية ، وللعامل أو الموظف الخاص عند من يخدمون أو يعملون متى كانوا يقيمون ويبيتون عنده إلخ . كل هذا عمل ونظام تقتضيه المصلحة العامة . ويجوز لمن اتخذ محل إقامة ، أو اتخذ له القانون محل إقامة فَرْضًا أن يتخذ محلا آخر أو يغير ما فرضه القانون متى وجد ما يناقضه قانونًا .

---

(1) انظر : بنود من البند 102 إلى البند 110 في الكتاب الثالث ، من تعريب القانون الفرنساوي : الجزء الأول ص 28 ، 29 .

بند [37] نتائج قضائية لمحل الإقامة

القانون الفرنسي : محل الإقامة له عدة نتائج قانونية منها :

1 – الزواج لا يعلن ولا يتم إلا في محل الإقامة .

2 – التبني لا يكون إلا في محل إقامة المتبني .

3 – الوصاية القانونية لا تكون إلا أمام قاضي الصلح الذي يتبعه محل إقامة الطفل .

كل إشهاد عُمِل في البحر أو خارجًا عن الأرض الفرنسية يجب تسجيله في محل الإقامة ، وينشر في محل الإقامة كل نشرة أمر بها القانون (كطلاق أو فراق أو حَجْر أو تعيين إلخ) ، ويُعْلن إفلاسه في محل إقامته ، ويفتح ميراثه كذلك .

جميع الإعلانات ، والإنذارات ، والتنبيهات تكون في محل الإقامة ، ومحكمة محل إقامة المدعى عليه مدنيًا هي المختصة أصالة .

المحل المختار : هو محل مختار لتنفيذ عقد أو اتفاق ، وهو اختياري لأي شخص ، وقد يكون واجبا بالقانون كالمعارضة في الزواج أو إيقاع رهن عقاري . ويكون اختيار محل الإقامة ملاحظًا في موضعين :

أولًا – يكون ملاحظًا اختيار محل إقامة للشخص المعنوي في كل دائرة له فرع تجارة فيه .

ثانيًا – يكون ملاحظًا اختيار محل إقامة للعساكر والطلبة في محال إقامتهم غير محل إقامتهم الحقيقي .

ويتساوى المحل المختار في الأعمال القضائية والتنفيذات والتبليغات مادام عند شخص محدد ، فإن كان غير معين فيكون في اختصاص المحاكم فقط ، وما عدا ذلك فيعتبر محل الإقامة الحقيقي [1] .

بند [38] التشريع الإسلامي

متى صدر قانون بتنظيم محال الإقامة على هذه الوجوه وجب اتباعه ، وقد

---

(1) انظر : بند 111 في الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 29 .

صدر بالفعل ، والعمل جار عليه في المحاكم الشرعية المصرية ، وقد نُصَّ في التوثيقات الشرعية على تعيين محال الإقامة للمتداعيين [1] .

بند [39] الشخص المعنوي

القانون الفرنسي : الشخص المعنوي أو الشخص القضائي جماعة من الناس اعتراف القضاء لهم بوجود قانوني ، يملكُون ، ويملكون ، ودائنون ، ومدينون ، يقاضون ويتقاضون ، وبالجملة لهم كل الحقوق التي للشخص الحقيقي .

وطبيعة الشخصية القضائية لها ثلاث طرق .

أولًا : الطريقة الألمانية في حقيقتها ، الشخصية القضائية لم يخلقها القانون ، ولم يتصورها شخصًا خاليًا ، وإنما هي مجموع أشخاص حقيقية لهم وجود ، وبمجموعهم يعترف لهم القانون بالحقوق كما اعترف لهم أفرادًا وهي الطريقة الفرنسية أيضًا .

ثانيًا : طريقة التقليد ، وهي أن القانون يفرض وجود شخص خيالي ، ويعطيه جميع حقوق الشخص الحقيقي ليسهل معاملات الجمعيات ووجودها ؛ فهو مخلوق بما له وما عليه .

ثالثًا : طريقة الملكية المجتمعة ، تُطْلَق الشخصية القضائية ويراد منها أن أعضاء هذه الشركة مثلًا مالكون بالاشتراك للأملاك التي تتعلق بهذه الشركة [2] .

بند [40] القانون الروماني

الشخصية المعنوية افترضها القانون الروماني أيضًا ، فكانت تتحقق في الجمعيات والمؤسسات التي لها ملك مثل الشخص الحقيقي كالكنيسة ، والأديرة ، والحكومة ،

(1) جاء في حاشية الدسوقي 164/4 إذا كان المدعى عليه متوطنًا في بلد والمدعى به في أخرى كانت بلد المدعي أو غيرها وكل منهما في ولاية قاض غير الآخر تكون الخصومة حيث المدعي به . فإن كان المتداعيان من بلدين وكلاهما من ولاية قاض واحد فالدعوى بمحل القاضي كان بلد المدعى أو المدعى عليه أو غيرها ، كان المدعى به بمحل أحدهما أم لا .

(2) انظر : بنود 1832 ، 1833 ، 1834 في الباب الأول ، من الكتاب التاسع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني وكذلك انظر بنود : من البند 1835 إلى البند 1841 في الباب الثاني ، من الكتاب التاسع ، والفصلان الأول والثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنسي الجزء الثاني ص 102 ، 103 ، 104 .

والبلديات إلخ ، فكان يوجد الشخص المعنوي بكل حرية أولًا ، ثم قُيِّد وجوده لأسباب سياسية بإذن من الملك ، ويتلاشى بسحب هذا الإذن ، وسمح به القانون أيضًا في الشركات ، فكان للشركات الكبيرة الزراعية وللشركات التي تعمل في الأشغال العامة شخصية معنوية [1] .

بند [41] التشريع

الإسلامي : اعتبر المشرع الإسلامي الشخصية المعنوية مقابلة للشخصية الحقيقية ، ورتب لها وعليها أحكامًا ، فاعتبر بيت المال شخصية معنوية يجب دفع الخراج والجزية [2] لها ، وما رتبه الوالي على القاطنين في المدن والقرى ، وأوجب النفقة العامة على مصالح المسلمين في بيت المال ؛ فاعتبره له وعليه ؛ فيُقَاضِي ويَتَقَاضَى .

وكذلك الوقف [3] ، فهو شخصية قائمة بذاتها تَدِين وتُدَاين ، وتقاضي وتتقاضى ، وأوجب أن يمثلها شخص حقيقي كناظر بيت المال (وزير المالية)

---

(1) انظر : الباب الخامس والعشرون من الكتاب الثالث من مدونة جوستنيان ، عقد الشركة ص 231 .

(2) جاء في كتاب الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب الحنبلي ، قال الأزهري : الخراج اسم لما يخرج من الفرائض في الأموال ويقع على الضريبة وعلى مال الفيء ، ويقع على الجزية . قال ابن رجب : إن قبض الخراج ليس بواجب عندنا بل يجوز للإمام إسقاطه عمن وجب عليه إذا كان من مستحقيه ، وقيل لا يجوز بل يجب فيه القبض كعشر الزكاة . وقد تقدم أن القاضي فرق بين الزكاة والخراج ، بأن الخراج حق في الذمة فلا معنى لأخذه منه ، ورده عليه كما يقول في تقاضي الدينين في الزكاة عندنا وعند الأكثرين ، وهذا الفرق إنما يجب عندنا بوجوب الزكاة في العين أما قولنا بوجوبها في الذمة فلا يتوجه . وفرق غيره بينهما بأن الزكاة يجب إيتاؤها لله عبادة وطهرة ، فالإخراج فيها واجب ولهذا يشترط لها النية . بخلاف الخراج فإنه حق لبيت المال من جنس حقوق الآدميين العامة . قال وللإمام ولاية المطالبة بالخراج وجزية الرؤوس .... فإن طالب الإمام وجب الدفع إليه . الاستخراج ص 100 .

(3) جاء في حاشية الدسوقي أنه إن شرط الواقف أن يكون فلان ناظر وقفه فيجب اتباع شرطه ، ولا يجوز العدول عنه لغيره وليس له الإيصاء بالنظر لغيره ، إلا أن يجعل له الواقف ذلك . وحيث لم يكن له إيصاء به فإن مات الناظر والواقف حي جعل النظر لمن شاء ، فإن مات فوصيه إن وجد وإلا فالحاكم . وجاء في الشرح الكبير : أن الناظر المعين له عزل نفسه فيولي صاحبه من شاء إن كان حيًا وإلا فالحاكم . فإن لم يجعل ناظرًا فإن كان المستحق معينًا رشيد فهو الذي يتولى أمر الوقف ، وإن كان غير رشيد فوليه ، وإن كان المستحق غير معين كالفقراء فالحاكم يولي عليه من شاء وأجرته من ريعه . حاشية الدسوقي والشرح الكبير 88/4 .

وناظر الوقف مثلًا ، وكذا جهات البر الموقوف عليها كالحرمين مثلًا ، وأما الشركات فقد نظر إليها المشرع من ناحية مصلحة المشتركين فإن داينت أو تداينت فلابد من إذن الجميع وتوكيلهم بذلك إلا إذا كان في عقود تكوينها [1] . ما يبيح ذلك لمدير العمل أو التجارة ، وإلا إذا كانت طبيعة الشركة تقضي بذلك كشركة العمل [2] فإن وجدت بشروطها من اتحاد العمل وتلازمه وأخذ كل بقدر عمله وحصل التعاون بالفعل فيلزم كل ما قبله صاحبه ولزمه ضمانه . وقد قدر المشرع في الشخص المعنوى في غير الشركات كبيت المال مثلًا كيانا منفردا بماله وما عليه بدون نظر إلى اعتبار الأشخاص مجتمعين ، واعتبر في الشركات مصالح الأفراد المشتركين حتى حتم أن يكون ممثل الشركات المذكورة موكلًا توكيلًا ينص على هذه التصرفات التي يلتزمها [3] ، وإلا كان منه التزاما باطلًا عن الشركاء [4] .

---

(1) جاء في مواهب الجليل : قال ابن عرفة : وفيها مع غيرها منع أحد الشريكين بمجرد الملك في شيء تصرف فيه دون إذن شريكه لمزوميته التصرف في ملك الغير بغير إذنه مواهب الجليل 151/5 ، 152 (وإن اشترطا نفي الاستبداد فعنان) قال ابن عرفة قال عياض : وهي جائزة ويلزم الشرط قاله ابن شاس وابن الحاجب ونص ابن الحاجب فإن شرطا نفى الاستبداد لزم وتسمى شركة العنان . قال ابن عبد السلام . يعني أن كل واحد من الشريكين يجوز تصرفه في مال الشركة في حضرة صاحبه ومع غيبته فلو شرط أنه لا يتصرف واحد منهما إلا بحضرة صاحبه وموافقته على ذلك وهو معنى نفى الاستبداد لزم الشرط وتسمى شركة عنان . مواهب الجليل للحطاب 133/5 ، 134 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي في عمل الشركة ، وإلا فسدت والمراد بتساويهما فيه أن يكون عمل كل واحد على قدر ماله من المال فإذا كان مالهما متساويًا كان على كل نصف العمل ، وإن كان المالان الثلث والثلثين كان العمل كذلك . حاشية الدسوقي 352/3 .

(3) جاء في حاشية الدسوقي : أن الشريكين إن أطلقًا بعد انعقاد الشركة بقولهم اشتركنا مثلًا ، إن جعل كل واحد منهما للآخر التصرف في غيبته وحضوره بالبيع والشراء والكراء والاكتراء وغير ذلك هذا إذا كان ذلك الإطلاق في جميع الأنواع بل وإن كان من نوع خاص فتلك الشركة تسمى شركة مفاوضة . حاشية الدسوقي 351/3 .

(4) تناولت المادتان 59 ، 60 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية الشخصية الاعتبارية وحكمها كما تقدم . ويلزم القول بأن فكرة الشخصية المعنوية من الأفكار التي ظهرت في القوانين الحديثة ، وأن الفقه الإسلامي لم يعترف بهذا النوع من الشخصية ؛ إذ الظاهر من كلام الفقهاء أنه لا الذمة ولا أهلية الوجوب تثبتان لما لا حياة له كالمسجد والمدرسة والمستشفى والوقف وبيت المال وما إلى ذلك من المنشآت . وقد نص بعض الفقهاء على أن الوقف لا ذمة له ، ولهذا لم يجيزوا الهبة له أو لغيره من هذه المؤسسات وإن أجازوا الوصية له ، لأنها تنعقد بالإيجاب بخلاف الهبة التي تنعقد بالإيجاب والقبول . غير أن ما ذكره المؤلف يدل على أن الاعتراف بالشخصية المعنوية لا يتناقض مع التفكير الفقهي ، ولعله من أوائل الذين تناولوا هذا الموضوع من وجهة الفقه الإسلامي .

بند [42] القانون الفرنسي

ترتيب الأشخاص المعنوية يوجد شخص معنوي خاص ، وهو كل اشتراك يراد منه تحقيق منفعة خاصة لأشخاص المشتركين ، ويوجد شخص معنوي عام ، وهو كل جماعة تعمل لتحقيق منفعة عامة .

وأقسام الشخص المعنوي هي :

أولًا - الدوائر الأرضية ، الحكومات ، المديريات ، الأقسام ، كل هؤلاء لهم شخصية معنوية .

ثانيًا - المنشآت العامة والمنشآت للمنفعة العامة .

ثالثًا - الجمعيات المعلنة قانونًا فقط ، والتي ليس لها مقصد نفعي بل أدبي كجمعية الطلبة .

رابعًا - المؤسسات العامة الشعبية كالجامعات والمؤسسات الطبية العامة .

خامسًا - المؤسسات العامة الإقليمية كملجأ العجزة التابع للمديرية ، والمؤسسات العامة التابعة للأقسام .

ابتداء وجود الشخص المعنوي : يوجد الشخص المعنوي كالآتي :

1 - الشخص المعنوي الخاص ، توجد شخصيته المعنوية بمجرد وجود الشركة بدون قيد ولا شرط ولا تصريح من الحكومة . فقط يتبع في تأليفها الشروط العامة .

2 - الشخص المعنوي العام ، يلزم لوجوده إعلان الجهة الإدارية بقانون وجوده ، فإن أراد مُنْشئها جعلها من المنشآت للمنفعة العامة ، فلا بد من صدور أمر بذلك من مجلس الحكومة الأعلى ، ومع ذلك فيجب الحصول على إذن قضائي لتكوين جمعية إخاء من الرجال والنساء [1] .

---

(1) انظر : بنود 1832 ، 1833 ، 1834 ، في الباب الأول ، من الكتاب التاسع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ، وكذلك انظر البنود من 1835 إلى البند 1841 في الباب الثاني ، من الكتاب التاسع ، الفصلان الأول والثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 102 ، 103 ، 104 .

بند [43] التشريع الإسلامي

هذا التقسيم لا يتنافى مع التشريع الإسلامي بل رتب عليه أحكامًا كثيرة في الهبة لجهة بر أو الوقف عليها مثلًا فهي موجودة فعلا ، ولكنها غير مجموعة ومفصلة ؛ فتتبع النظم التي أمر بها ولي الأمر ، فالنصوص الشرعية أعطت لها أحكامًا على فرض وجودها [1] .

بند [44] أهلية الشخص المعنوي

القانون الفرنسي :

أولاً – أهلية التمتع ، قد يكون للشخصية المعنوية أهلية تامة في الملك بدون حد كالحكومة ، ومجالس المديريات ، والمؤسسات العامة ، أما الجمعيات المعلنة إداريا فقط فتملك الاشتراكات ، والعقار والمنقول المقدر لوجودها لتقوم بما أُنْشِئَت له .

ويشترط في كل شخصية معنوية خاصة أو عامة أن لا تخرج عن اختصاصها فيما وجدت له .

ثانيًا – أهلية مباشرة التقاضي ، ليس للشخص المعنوي مباشرة الدعوى من نفسه بل لابد من أن يمثله شخص حقيقي (رئيس أو مدير) ، والشخص المعنوي خاضع دائمًا لمشرف كالمديرية أو القِسْم ، وليس للجمعيات المعلنة أن تقبل وصية أو هبة إلا بإذن وأحيانًا بأمر مجلس الدولة الأعلى [2] .

---

(1) للمؤلف الحق فيما قرره بدقة . ذلك أنه يشير إلى عدم وجود مفهوم الشخصية المعنوية بتقسيماتها القانونية المحددة . ومع ذلك فإنه يذكر أن الفقهاء يقررون لهذه الجهات أحكاما وحقوقا عديدة ، فكأن الفكرة موجودة ، ولكنها غير مفصلة . ومن الممكن الاستطراد للاستدلال على هذا الوجود بتلمس إشارات الفقهاء إلى ما لهذه المؤسسات أو الجهات من حقوق لدى الناس ، وما للناس من حقوق عليها يطلبونها من ممثلها ، أو يطلبها ممثلها منهم ، شأنها في ذلك شأن الصبي غير المميز ومن في حكمه . وعلى سبيل المثال فإن للولي أن يبيع ثمرات الأعيان الموقوفة عليها لصالحها ، وقد يقترض لها ، ويؤجر الناظر أعيان الوقف ويقبض الآجرة لصالحه ، ويكون المستأجر حديثا للوقف لا للناظر . وللمضارب الحق في المطالبة بالحق في الشفعة إذا اشترى للمضاربة أرضا له حق الشفعة عليها ، ولرب المال الحق في الشفعة على الأرض التي يشتريها المضارب للمضاربة ، مما يدل على استقلال ذمة كل منهما عما للمضاربة من حقوق وواجبات . انظر ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني في التعليق على الفقرة الثانية من المادة 49 .

(2) انظر : بنود 1832 ، 1833 ، 1834 في الباب الأول من الكتاب التاسع من تعريب القانون المدني الفرنسي ، =

بند [45] التشريع الإسلامي

أهلية بعض الشخصيات المعنوية للتملك بلا حد كالحكومة ، لا نزاع فيه ، وُيتبع في الجمعيات المعلنة قانون الدولة ، ويجب أن تتقيد بنص الأوامر بلا تجاوز ، وكذا أهلية مباشرة التقاضي فيجب أن يكون لها من يمثلها قانونًا ، ويتبع قانون نظمها وترتيبها المعمول به في المملكة في قبول هبة أو وصية إلخ بشرط عدم مخالفة النصوص الشرعية ولا أصول التشريع الإسلامي (1) .

بند [46] نهاية الشخص المعنوي

القانون الفرنسي : ينتهي وجود الشخص المعنوي إما بسحب الإذن بوجوده ، وإما بالوصول إلى الغاية التي وُجِدَ من أجلها ، وإما برضاء جميع المشتركين في وجوده في نهايته .

ومتى انتهى وجود الشخص المعنوي فيقسم رأس المال على الشركاء حسب عقد الشركة في المدنية والتجارية ، وفي الجمعيات يرجع إلى قانون وجودها ، فإن لم ينص على شيء فالحكومة هي الوارثة لأملاكها ، وإن كان في بعض الأحوال تُعْطَى الهبة لمن وهبها إن بقيت عينًا (2) .

بند [47] التشريع الإسلامي

ينتهي وجود الشخص المعنوي بما ذُكِر في بند 46 ، وبفقد شرط شرعي في

= الجزء الثاني . وكذلك انظر بنود من : البند 1835 إلى البند 1841 في الباب الثاني من الكتاب التاسع ، والفصلان الأول والثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 102 ، 103 ، 104 .

(1) لعل المؤلف من أوائل من واجهوا موقف الفقه الإسلامي من الشخصية المعنوية التي أحدثتها القوانين الغربية وهو يتفق مع ما أخذ به الكاتبون الذين عالجوا الموضوع بعده في اشتمال الفقه الإسلامي على إشارات عديدة تعترف لعدد من الجهات والمؤسسات بشخصيات مستقلة عن شخصيات ممثليها ، وأن حقوق هذه الجهات وواجباتها محددة في الفقه ، وأن ممارسة ممثلها لعمله في الحفاظ على هذه الحقوق مقيدة بعدم التعارض مع الأصول الشرعية ، وهو ما نبه إليه الشيخ علي الخفيف في كتابه : المعاملات الشرعية ، الطبعة الثالثة الصادرة سنة 1947 صفحات 274 – 276 .

(2) انظر : البنود من البند 1865 إلى البند 1873 ، في الباب الرابع ، من الكتاب التاسع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 110 ، 111 ، 112 .

صحة وجوده ؛ فيقسم رأس المال على الشركاء حسب الاتفاق ، وفي الجمعيات يطبق أمر ولي الأمر فيها ، فإن لم يكن لها قانون فللوالي إدخال مالها في بيت المال أو إنفاقه في وجوه البر التي يراها ، وكذا إن توالى أعضاؤها مددًا طويلة ، وجُهِلوا فللوالي جعلها في بيت المال [1] .

---

(1) من ضمن موارد بيت المال الغرامات والمصادرات : وقد ورد في السنة تغريم مانع الزكاة بأخذ شطر ماله . جاء في المغني لابن قدامة : - وإن منعها (أي الزكاة) معتقدًا وجوبها وقدر الإمام على أخذها منه أخذها وعزره ، ولم يأخذ زيادة عليها في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم . وقال إسحاق بن رهويه وأبو بكر عبد العزيز : يأخذها وشطر ماله لما روي عن النبي ﷺ أنه كان يقول : « في كل سائمة الإبل في كل أربعين بنت لبون لا تفرق عن حسابها ، من أعطاها مؤتجرًا فله أجرها ، ومن أباها فإني آخذها وشطر ماله ، عزمة من عزمات ربنا لا يحل لآل محمد منها شيء » رواه أبو داود والنسائي . المغني 573/2 وجاء في الشرح الكبير للدردير (والجزية) العنوية والصلحية والفيء وعشور أهل الذمة وخراج أرض الصلح وما صولح عليه أهل الحرب وما أخذه من تجارتهم محلها بيت مال المسلمين يصرفه الإمام باجتهاده في مصالحهم العامة والخاصة . الشرح الكبير للدردير 190/2 .

نتيجة المقارنات من بند 25 إلى نهاية بند 47

يتفق التشريعان في : إشهادات الأحوال المدنية ، سجل الأحوال المدنية ، قوة الإشهاد المدني في الإثبات ، محل الإقامة ، نتائج قضائية لمحل الإقامة ، الشخص المعنوي ، ترتيب الأشخاص المعنوية ، نهاية الشخص المعنوي .

ويختلفان في : اسم الشخص [1] .

(1) من جهة استقلال المرأة باسمها عن زوجها في الفقه الإسلامي واختلاف ذلك في القانون الفرنسي .

[في الالتزامات] [1]

بند [48] العقد القانوني

القانون الفرنسي : العقد القانوني ، كل عقد تم من شخص أو أكثر ملحوظًا فيه نتائج قانونية ، فيوجد به حق أو يُغَير أو يمحى ، ويمكن تقسيم العقد القانوني من وجهات النظر الآتية :

أولًا – بالنظر إلى وَحْدِة أو كثرة الإرادة يقسَّم قسمين . الأول : ما لا يحتاج وجوده إلا لإرادة واحدة كالوصية أو قبول أو رفض الميراث . والثاني ما يحتاج وجوده إلى اتفاق إرادات متعددة (كالبيع والبدل مثلًا) .

ثانيًا – بالنظر إلى وَحْدة أو تقابل المنفعة يقسم قسمين . الأول ما لا ينتظر فاعله مقابلا ما ، كالهبة أو القرض بغير فائدة ، والثاني : ما يكون لعمل أحد الطرفين نظير من الآخر كالبيع ، والإيجار ، والقرض بفائدة ، والبدل .

ثالثًا – بالنظر إلى الزمن الذي تظهر فيه نتيجة العقد ، يقسم قسمين .

الأول : ما يظهر أثره بين المتعاقدين الأحياء كالبيع والهبة .

والثاني : ما لا يظهر أثره إلا بعد وفاة منشئه كالوصية [2] .

بند [49] العقود

القانون الروماني : العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر ينتج التزامات أو التزامات مؤكدة للدعوى القضائية وأنواعها :

1 – عقد قطعي صريح ، وهو الذي لا يتحقق وجوده القانوني بدون استيفاء شروط محددة قانونًا ، وكان هذا لا يتحقق في عقد القرض .

2 – عقد شفوي ، وهو الذي لا يتم بين المتعاقدين إلا بالتلفظ بكلام مقدس ، كما في عقد المهر وعقد مكاتبة الرقيق على عمل شيء بعد حريته .

---

(1) عنوان مضاف لا وجود له في أصل الكتاب .

(2) انظر : بنود من البند 1101 إلى البند 1107 في الباب الأول ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 246 ، 247 .

3 – عقود تحريرية ، وهو ما كان تسجيله في سجل خاص مع استيفاء بعض الشروط وهو عقد من جانب واحد ، وعقد مدني لا يعمله إلا الرومانيون ، وهناك عقود حقيقية أخرى ، وهي التي تنعقد بتسليم الشيء موضوع التعاقد ، ويدخل فيه عقد تبادل المنفعة كقرض الاستهلاك ، وهناك عقود عرفية ، وهي تشمل البيع ، والإيجار ، والشركة ، والتوكيل [1] .

بند [50] التشريع الإسلامي

العقد الشرعي يراد به معنيان ، كل ما التزمه الشخص وأبرمه فيشمل الإقرار ، والاستلحاق ، والوديعة ، والبيع ، والشراء ، والوقف ، والإيجار إلخ ، ويراد به ما تعاقد عليه مع آخر ، وهو كل عقد تم بين شخصين أو أكثر استوفى شروطه ، وترتب عليه نتائجه الشرعية لتقرير حق أو تغييره أو إبطاله ، ويتحقق في الصلح ، والحوالة ، والضمان ، والشركة ، والوكالة ، والإجارة ، والهبة أو العقد صيغة يفيد التزام واحد أو أكثر لواحد أو أكثر شيئًا معقودًا عليه ، ويكون منعًا أو إعطاء ، وفعلا أو تركا [2] . ويصح تقسيم العقد الشرعي بالمعنى الأعم ، وهو ما التزمه الشخص المستوفي للشروط الشرعية في صحة التزامه سواء أكان بإرادته هو فقط أم بإرادته وإرادة أخرى كالبيع مثلًا ، وإلى عقد يصدر من ناحية واحدة كالإقرار ، والاستلحاق ، والوقف ، والوديعة مثلًا ، وإلى عقد لا يصدر إلا بتقابل إرادتين كالبيع ، والرهن ، والإيجار ، وإلى عقد منجز كالبيع ، والهبة ، وإلى ما يظهر أثره

(1) الالتزامات التي تنشأ من العقود هي أيضًا أربعة أصناف ، فإن كيانها يقوم إما على شيء أو على فعل ، وإما على صيغ كلامية مخصوصة ، وإما على محررات كتابية ، وإما على مجرد التراضي والاتفاق . وهذه الأصناف الأربعة يطلق عليها اصطلاحًا – تبعًا لما تقوم به – بالترتيب ، وليدة الشيء ، القولية ، الخطية ، الرضائية . انظر الباب الثالث عشر ، من الكتاب الثالث ، من مدونة جوستنيان « في الالتزامات » ص 203 .

(2) جاء في مجلة الأحكام العدلية المادة 167 : (البيع ينعقد بإيجاب وقبول) ويجب أن يحصل القبول من الشخص الذي حصل الإيجاب له وإلا فالقبول من شخص آخر غيره لا يكون معتبرًا . ومتى اقترن الإيجاب بالقبول على الصورة المشروعة فلا يتوقف الانعقاد على إذن أحد الناس أو رضائه . مجلة الأحكام 114/1 – المادة 167 وجاء في مواهب الجليل : صيغة العقد كلام أو فعل يصدر من العاقد ويدل على رضاه ويعبر عنها الفقهاء بالإيجاب والقبول . وتختلف صيغة العقد حسب اختلاف العقود ، يقول الحطاب في المواهب : (ينعقد البيع بما يدل على الرضا ...) ويعني أن الركن الأول الدال على الرضا عن البائع يسمى الإيجاب وما يدل على الرضا من المشتري يسمى القبول . مواهب الجليل 228/4 .

بعد الوفاة كالوصية [1] . ويلاحظ أن العقد في القانون الروماني أخذ على أنه ما تم بين شخصين أو أكثر ، لكن يُشْرَط أن يكون مؤكدًا بدعوى قضائية ، ويلاحظ أن القانون الفرنسي أخذه بمعنى أعم (كل عقد تم من شخص أو أكثر إلخ) ، وقد أخذته الشريعة الإسلامية فيما يشمل الأمرين وهو أعم .

بند [51] شروط وجود وشروط صحة التعاقد القانوني

القانون الفرنسي : شروط وجود العقد إذا لم توجد لا يوجد العقد ، وشرط الصحة إذا انعدم يوجد العقد ، ولكن يكون قابلًا للبطلان والإلغاء .

وشروط الوجود ثلاثة :

أولًا – إرادة واختيار المتعاقدين . **ثانيًا** – المادة محل العقد .

ثالثًا – العلانية في العقود التي اشترط فيها القانون ذلك .

وشروط الصحة اثنان :

أولًا – أن تكون الإرادة كاملة لا نقض فيها .

ثانيًا – أهلية المتعاقدين [2] .

[52] القانون الروماني

لم تكن نظرية العقد القانوني مبحوثة على انفراد كما بُحِثَت في التشريع الفرنسي ، وإنما كانت تُذْكَر شروط كل عقد في بابه وتابعة له ، فتجد مثلًا في

---

(1) جاء في الشرح الكبير للدردير ذكر انعقاد الوصية بقوله (بلفظ) يدل على الرضا (أو إشارة مفهمة) ولو من قادرٍ على النطق (وقبول) الموصى له البالغ الرشيد (المعين) أي الذي عينه الموصي كفلان (شرط) في وجوبها وتنفيذها (بعد الموت) متعلق بقبول واحترز به عما لو قبل قبل موت الموصي فلا يفيده ؛ إذ للموصي أن يرجع في وصيته ما دام حيًا . الشرح الكبير 423/4 ، 424 .

(2) انظر : بند (1108) في الباب الثاني ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 247 .

« يشترط في صحة العقود أربعة شروط : الأول : رضاء العاقدين ، راجع بند 1109 إلى بند 1122 مدني . الثاني : أهليتهما للعقد ، راجع بند 1123 إلى بند 1125 مدني . الثالث : علم العاقدين بالمعقود عليه ، راجع بند 1126 ، وبند 1130 مدني . الرابع : تحقق أن العقد لغرض صحيح راجع بند 6 وبند 1131 إلى بند 1133 مدني » . ص 251 ، 252 .

تكوين العقد في البيع يشترط لوجوده ثلاثة شروط .

أولًا – الإرادة ورضاء المتعاقدين ، وتكون كتابة موقعًا عليها منهما وتكون شفويًا .

ثانيًا – وجود الشيء المبيع حاضرًا أو سيوجد في العمل التجاري .

ثالثًا – الثمن ، ويشترط أن يكون نقدًا .

وتجد في شروط الشخصية القانونية ما يأتي . يشترط لوجودها :

أولًا – كون الشخص حرًّا وليس رقًّا .

ثانيًا – كونه رومانيا مواطنًا ، فيصح له الزواج بعقد رسمي ، وله تأسيس عائلة ، وله حق المعاملات دائنًا ومدينًا واستعمال القانون المدني الروماني ، وحق عمل وصية ، أو كونه موصى له ، وله حق العمل بالقانون القديم .

ثالثًا – كونه رئيس عائلة . فكان في التشريع الروماني يُنْظَر لكل عقد على حدة ؛ فتوضع له شروط وجوده وشروط صحته وهو أدق في التشريع ، ومع إفراد (نظرية العقد القانوني) ببحث خاص في التشريع الفرنسي فقد اضطر المشرعون إلى ذكر شروط وأركان كل عقد على حدة عند البحث فيه كالبيع والرهن إلخ [1] .

بند [53] التشريع الإسلامي

يعبر عن شروط الوجود بالأركان في التشريع الإسلامي ، فيقال : أركان العقد وشروط صحته ، فالركن ما كان داخلا ماهية الشيء يعني ضمن تكوينه ، والشرط ما كان خارجًا عنها ، ففي عقد النكاح مثلًا ذكروا من أركانه المحل ، وهو الزوجة ، والصيغة : وهو ما تم به التعاقد من إيجاب وقبول [2] ، فإذا انعدم المحل أو الصيغة انعدم الزواج أصلًا . وذكروا في أركان البيع [3] بائعًا ، ومشتريًا ، وثمنًا ، ومثمنًا ، وصيغة ، فلو انعدم واحد من هؤلاء انعدم البيع . فيقابل شرط الوجود في

---

(1) انظر الأبواب من الثالث عشر إلى التاسع والعشرين ، من الكتاب الثالث ، من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني .

(2) جاء في مواهب الجليل للحطاب : أن الصيغة في عقد النكاح لفظ يدل على التأبيد مدة الحياة كأنكحت وزوجت وملكت وبعت وكذلك وهبت بتسمية صداق . قال في التوضيح : وما ذكره المصنف في الصيغة نحوه في ابن شاس ومقتضاهما أنه لا ينعقد بالكتابة والإشارة ونحو ذلك .مواهب الجليل 419/3 .

(3) جاء في الشرح الكبير للدردير : – وأركانه (أي البيع) ثلاثة : الصيغة والعاقد وهو البائع والمشتري والمعقود عليه وهو الثمن والمثمن وهي في الحقيقة خمسة . الشرح الكبير 2/3 .

التشريع الفرنسي الركن في الشريعة الإسلامية .

أما الشرط فهو ما كان خارجًا عن الماهية في العقد كشرط صحة النكاح بشهادة عدلين مثلًا ، فحقيقة النكاح وجدت ولكن تخلَّف شرط صحته ، وفي البيع مثلًا من شروط صحته ولزومه (التكليف) أي البلوغ الشرعي ، فحقيقة البيع من الصغير موجودة ، ولكنه تخلَّف فيه شرط صحة ولزوم وهكذا ، فالصحة في العقود ترتيب آثارها عليها لتحقق وجودها مستوفية شروط صحتها .

فكل عقد له أركان خاصة به وأركان مشتركة ككل عقد ، فمثلا إرادة واختيار المتعاقدين هذا ركن عام في كل عقد (عدم الإكراه) [1] ، ولكن فيه أبحاث كثيرة وشروط لكل إكراه ، وكذلك مادة التعاقد فكل عقد له مادة ، ولكن العلانية يعني إشهاره بطريق أن يكون على يد مسجل العقود فيه حرج على الناس ، فمثلا الزواج يصح بإيجاب وقبول وشاهدين بدون تسجيل ؛ إذ التسجيل واجب نظامي لإثبات أن هذا الزواج موجود حقيقة خوف الإنكار ، لا أن الزواج لا يتحقق إلا بالتسجيل فدين اللّه يسر لا عسر .

أما أن إرادة المتعاقدين يجب أن تكون كاملة لصحة التعاقد فهذا فيه تفصيل ، وكذا أهلية المتعاقدين [2] ، والواقع أن كل عقد له شروط وأركان تذكر دائمًا في

---

(1) جاء في أحكام القرآن لابن العربي : في تفسير قوله (لا إكراه) عموم في جنس إكراه بالباطل ، فأما الإكراه بالحق فإنه من الدين . أحكام القرآن 233/1 . قال الحطاب : الالتزام في الاصطلاح : إلزام الشخص نفسه شيئًا من المعروف مطلقًا أو معلقًا على شيء فتح العلي المالك 217/1 ، 218 الاختيار : هو القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل في قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر الموسوعة الكويتية 315/2 ، 229/22 . وبناء على هذه التفرقة قال الحنفية : إن الرضا شرط لصحة العقود التي تقبل الفسخ وهي العقود المالية من بيع وإجارة ونحوهما فهي لا تصح إلا مع التراضي ، وقد تنعقد العقود المالية مع الإكراه لكنها تكون فاسدة ، كما في بيع المكره ونحوه ، يقول المرغيناني ... لأن من شروط صحة هذه العقود التراضي تكملة فتح القدير 293/7 ، 294 أما جمهور الفقهاء فتدور عباراتهم بين التصريح بأن الرضا أصل أو أساس أو شرط للعقود كلها ، فلا ينعقد العقد إذا لم يتحقق الرضا سواء أكان ماليا أو غير مالي . الموسوعة الفقهية 220/2 ويقولون في العقود يشترط لصحتها تلاقي الإرادتين . ومن هنا يتبين أن كل اختيار لا بد أن يشتمل على إرادة ، وليس من الضروري أن يكون في كل إرادة اختيار . الموسوعة الفقهية الكويتية 316/2 .

(2) جاء في حاشية ابن عابدين : – فلا ينعقد بيع مجنون وصبي لا يعقل ولا وكيل من الجانبين إلا الأب ووصيه والقاضي . حاشية ابن عابدين 504/4 . ويكون بقول أو فعل ، أما القول فالإيجاب والقبول وهما ركنه ، =

محل بحثه ، فيذكرون في النكاح بعد تعريفه أركانه (أهل ، وقصد ، ومحل ، ولفظ) ، ويذكرون شرط صحته الخلو من المانع الشرعي ، ويذكرون في الرهن أركانه (راهن ، ومرتهن ، ومرهون به ، وصيغه) ، وشرط تمامه القبض ، ويذكرون في البيع أركانه بائع ومشتر إلخ . فلا يمكن للباحث المنقب أن يذكر شروطا عامة لكل عقد إلا ما كان عائدًا على الشخص أو الأشخاص المتعاقدين فقط من أهلية للتعاقد شرعًا ، ويدخل تحتها البلوغ والعقل وملكية ما تصرف فيه أصالة أو نيابة ، وليس في ذكرها منفردة ثم ذكرها في كل باب إلا التكرار الذي لا فائدة فيه [1] .

بند [54] القانون الفرنسي

الإرادة ويقابلها الرضا والقبول . وكل عقد ينعدم فيه الرضا لا يوجد قانونًا ، وقد يوجد الرضا ، ولكنه يكون ليس كاملًا فيصبح العقد محلا للإلغاء ، وينعدم الرضا كلية في ثلاثة مواضع :

أولًا – عند وجود غلط في حقيقة الشيء موضع التعاقد كبيع منزل ظن المشتري أنه غير محل العقد .

ثانيًا – عند وجود غلط في طبيعة العمل القانوني كمن ظن أنه أعطى هذا الشيء بدلا من بيعه له .

ثالثًا – عندما يكون أحد المتعاقدين أو هما مجنونًا أو سكرانًا أو طفلا [2] .

= وشرطه أهلية المتعاقدين . حاشية ابن عابدين 504/4 وجاء في نهاية المحتاج في شرح المنهاج (وشرط العاقد الرشد يعني عدم الحجر) أي أو ما في معناه كمن زال عقله ... ويمكن أن يقال المراد الرشد حقيقة أو حكمًا . نهاية المحتاج 385/3 وجاء في حاشية الزرقاني : قال ابن العربي البيع والنكاح عقدان يتعلق بهما قوام العالم .... فيجب على كل مكلف أن يتعلم ما يحتاج إليه ؛ لأنه يجب على كل أحد أن لا يفعل شيئًا حتى يعلم حكم الله فيه . وقول بعضهم يكفي ربع العبادات ليس بشيء إذ لا يخلو مكلف غالبًا من بيع أو شراء . حاشية الزرقاني 250/3 .

(1) قد يلتمس للمؤلف العذر في عدم الوقوف على الشروط العامة والأركان الشاملة للعقود كلها ، لأن الصياغة الفقهية التقليدية تعتمد على إيراد أحكام كل عقد منفردة ، وفي صورة مسائل جزئية . لكن المؤلفات الفقهية الحديثة قد تجاوزت هذه الطريقة بالنظر في القواعد العامة والمفاهيم والمبادئ الشاملة للعقود كلها ، وقد أفردت نظرية العقد بمؤلفات خاصة عديدة ، أكثر من أن تحصى في هذا الحيز .

(2) انظر البنود من 1109 إلى 1122 في الفصل الأول من الباب الثاني ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الأول ص 225 ، 226 ، 227 ، 228 .

بند [55] التشريع الإسلامي

رضاء الجانبين بما أقدما عليه وقبولهما لعمله شرط أساسي لكل عقد ، [1] فعقد المجنون - ولو كان يفيق أحيانًا - وعقد السكران الذي لا يميز ، والطفل الصغير دون سن التمييز باطل [2] أصلا ، ومعلوم أنه يُعَبَّر عن رضا الطرفين بالتعاقد بما يظهر من قولهما : بعت كذا بكذا وقول الآخر : قبلت مشتراه بكذا ، فإن اتفقت إرادة المتعاقدين وعبرا عنها إيجابًا وقبولا ، واتفقا فيما تعاقدا عليه جنسًا صح العقد [3] ، فإن اختلفا في طبيعة المعقود عليه لم تتلاق إرادتهما فلا يصح التعاقد ، وكذا إن اختلفا في صفة التعاقد بأن أراد الموجب بيعًا وأراد القابل قرضًا ؛ إذ يجب في أركان التعاقد اتفاق الإرادتين على إجراء العقد وفي مادة كذا ونوع العقد كذا ، ومتى توفرت الإرادة الكاملة والاختيار الشامل كان العقد صحيحًا لازمًا إلا إذا اعتراه فقد صفة أو نقص شرط آخر كما سيأتي في محله [4] .

بند [56] القانون الفرنسي

ويوجد عيب في الرضا والقبول فيما يأتي :

---

(1) قاعدة رضا العاقدين بما أقدما عليه وقبولهما لعمله شرط أساسي لكل عقد .

(2) جاء في الخرشي وشرط عاقده تمييز والمعنى أن شرط صحة عقد عاقدي البيع وهو البائع والمشتري التمييز .... فلا ينعقد من غير مميز لصبًا أو جنون أو إغماء منهما أو من أحدهما ... وإنما لم يعرف أما الذي يتحصل في بيع السكران وشرائه على ما يظهر من كلامهم إن كان لا تمييز عنده أصلًا أنه لا ينعقد أي لا يصلح اتفاقًا عند ابن رشد والباجي . ومن شروط لزوم البيع أن يصدر من مكلف وهو الرشيد الطائع فإن صدر من غيره كصبي أو سفيه أو مكره لم يلزم وإن صح . الخرشي 8/5 ، 9 وكذلك في الشرح الكبير 5/3 .

(3) جاء في الشرح الكبير أن شرط صحة بيع المعقود عليه ثمنًا أو مثمنًا (طهارة) وانتفاع به وإباحة وقدرة على تسليمه وعدم نهي وجهل به . الشرح الكبير 10/3 . وجاء في الوسيط في المذهب للغزالي : النص على اشتراط معلومية المعقود عليه ، والعلم يتعلق بشكل المبيع ، وجنسه وقدره ، ووصفه 26/3 .

(4) تناولت المادة 89 من القانون المدني المصري نشوء العقد وأثره ، حيث جاء فيها : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » وهو ما تناولته المادة 74 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة 90 من التقنين المدني الأردني التي جاء فيها : ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول . مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد ، وكذا المادة 32 من التقنين المدني الكويتي والمادة 104 من المجلة العدلية ونصها : الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 17 .

أولًا – الغلط في جوهر الشيء كمشتر صورة أصلية في ظنه فإذا هي صورة ، وأما الاختلاف في الصفات الكمالية فلا يعيب الرضا والقبول .

ثانيًا – الغش ، وهو كل عمل استُعْمِل للتأثير على المتعاقدين بغير حقيقة ، ويجب كون الغش أساسًا وأن يكون في عقد معاوضة بين شخصين لا في هبة .

ثالثًا – القهر والتهديد ، وهو كل عمل أدبي أو مادي من شأنه التأثير على عقلية أحد المتعاقدين .

رابعًا – الغبن أو عدم التعادل ، وهو الغبن الفاحش كبيع بثمن ألفي فرنك ما يساوي خمسمائة وذلك :

1 – الغبن الفاحش سبب في بطلان العقد للقاصر الذي سبب له ضررا

2 – الغبن الفاحش في القسمة متى وصل الغبن إلى الربع يكون سببًا لبطلان العقد .

3 – الغبن الفاحش في بيع العقار متى زاد عن $\frac{7}{12}$ من ثمن العقار المبيع يكون سببًا لبطلان العقد [1] .

بند [57] التشريع الإسلامي

يوجد نقص في إرادة المتعاقدين أو عيب في الرضا والقبول فيما يأتي :

أولًا – الغلط ، [2] فإن غلط البائع على نفسه فأخبر بنقص عما اشترى به فإن أثبت دعواه أو صدَّقه المشتري فيُخَيَّر بين فسخ البيع ؛ فيأخذ المشتري ما دفع ويرد السلعة ، أو يدفع ما تبين أنه ثمن صحيح ، ويدفع ربحه ، ويبقي السلعة . وإن زاد البائع في إخباره

---

(1) انظر : البنود من 9 – 11إلى 1122 في الفصل الأول ، من الباب الثاني ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 225 ، 226 ، 227 ، 228 .

(2) هذه المادة توافق المادة 121 من القانون المدني المصري التي جاء فيها :

1 – يكون الغلط جوهريًا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لولم يقع في هذا الغلط .

2 – ويعتبر الغلط جوهريًا على الأخص .

أ – إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما يجب في التعامل من حسن النية .

ب – إذا وقع في ذهن المتعاقدين أن صفة من صفاته ، وكانت هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

وهي تقابل المواد 151 ، 152 ، 153 من التقنين الأردني والمادة 106 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية .

بالثمن عمدًا أو خطأ لزم البيع المشتري إن حط البائع ما زاد مع ربحه ، فإن لم يحطه لم يلزم المشتري وخُيِّر في الإمساك والرد ، فالغلط سبب في جواز فسخ البيع لمن وقع عليه الظلم بشرط إثباته شرعًا [1] أو التصادق عليه ، ويجوز إمضاء العقد ممن وقع عليه الغبن [2] .

ثانيًا : الغش ، وهو أن يكون بالسلعة عيب لو اطلع عليه المشتري قبل التعاقد مثلًا لامتنع أو نقص من الثمن (إظهارُ جودةِ ما ليس بجيد أو خَلْطُ جيد برديء) فالمشتري بالخيار إن شاء ردَّ ولا شيء عليه ، وإن شاء أمسك ولا شيء له ، والخيار للبائع من الغش في الثمن [3] .

---

(1) قاعدة : الغلط سبب في جواز فسخ البيع لمن وقع عليه الظلم بشرط إثباته شرعًا .

(2) جاء في مواهب الجليل للحطاب 468/4 ، 469 أن الغبن بفتح الغين وسكون الباء عبارة عن بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله أو اشتراها كذلك . وأما ما جرت به العادة فلا يوجب الرد باتفاق .
وقال : لو باع رجل جارية قيمتها مائة وخمسون دينارًا بألف دينار وارتهن رهنًا وكان مشتريها من غير أهل السفه جاز ذلك .
والغبن في اللغة : الوكس ، غبنه يغْبِنُهُ ، أي خدعه ، وقد غُبِنَ فهو مغبون . لسان العرب لابن منظور مادة « غبن » 3211/5 .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 111 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية التي جاء فيها أنه يكون العقد موقوف النفاذ للتدليس سواء كان قوليا أو فعليا إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الآخر العقد .
والمادة يقابلها في القانون العراقي المادتان 121 ، 123 ، فالمادة 121 تنص على ما ياتي :
1 - إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على إجازة العاقد المغبون . فإذا مات من غُرِّرَ بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه .
2 - ويعتبر تغريرًا عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والإشراك والوضيعة . وتنص المادة 123 من هذا هذا القانون على ما يأتي :
« يرجع العاقد على المغُرر بالتعويض إذا لم يصبه إلا غبن يسير أو أصابه غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلكُ أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهري ويكون العقد نافذا في جميع هذه الأحوال » .
والمادة المذكورة من المشروع تقابلها المادتان 143 ، 145 من التقنين المدني الأردني :
فالمادة 143 من هذا التقنين تطابق في حكمها الفقرة الأولى التي تنص على أن « التغرير هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها » . والمادة 145 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشرع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة .

ثالثًا – الإكراه والقهر ؛ فمن تعاقد تحت تأثير إكراه أدبي أو مادي كان عقده صحيحًا غير لازم [1] ، ويتحقق الإكراه بخوف مؤلم حالًا أو استقبالًا من قَتْل أو ضربٍ وإن قل ، أو سَجْنٍ ظلمًا أو صفع على قفا أو قتل ولد أو والد ، أو أخذ مال أو إتلافه ، فالإكراه منظور فيه للشرف والخسة بالنسبة للشخص ؛ فمن أكره على البيع مثلًا جبرًا حرامًا صح البيع ولا يلزم ؛ فيخير البائع إن شاء أخذ سلعته ورد الثمن ، وإن شاء تركها وأمضى البيع [2] .

(1) قاعدة من تعاقد تحت تأثير إكراه أدبي أو مادي كان عقده صحيحًا غير لازم .

(2) هذه المادة تقابل المادة 113 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تضمنت الحكم بجواز . إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس . والمعيار في قيام الرهبة على أساس هو كون ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرًا جسيما محدقًا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

وعلى هذا النهج سار التقنين العراقي والتقنين الأردني فتنص المادة 113 فقرة 2 من التقنين العراقي على أن « التهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي رحم محرم . والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر إكراهًا ويكون ملجئا أو غير ملجىء بحسب الأحوال » .

والرأي في التقنينات التي تحدد أشخاص الغير ممن يقع الإكراه بالتهديد بالإضرار بهم كالتقنين الفرنسي (م 1113 مدني) والتقنين اللبناني (م 1/210 موجبات وعقود) والتقنين العراقي (م 3/112 مدني) والتقنين الأردني (م 137 مدني) أن هؤلاء الأشخاص غير مذكورين على سبيل الحصر ، غاية الأمر أن الخطر إذا كان يهدد واحدًا من هؤلاء قامت قرينة على أن الإكراه متحقق ، وإذا هدد غير هؤلاء وجب إثبات أن الخطر الذي يهددهم أثر في نفس المتعاقد إلى حد الإكراه .

هذا وقد ظفر الإكراه في الفقه الإسلامي بعناية لم يظفر بها في أي عيب آخر من عيوب الإرادة ، حتى إن المذهبين الشافعي والحنفي جعلا الجزاء عليه أشد من الجزاء على عيوب الإرادة الأخرى . فالغلط والتدليس يجعلان العقد غير لازم فيكون للعاقد الخيار في إمضاء العقد أو فسخه ، أما في الإكراه فالمذهب الحنفي يتردد بين فساد العقد ووقفه وكلاهما أشد من عدم اللزوم . والمذهب الشافعي يجعل جزاء الإكراه البطلان ، أما المذهب المالكي فيجعل تصرف المكره غير لازم .

والإكراه في الفقه الإسلامي هو حمل الغير على ما لا يرضاه . ذلك أن الإرادة في الفقه الإسلامي تتكون من عنصرين . هما الاختيار والرضاء . والإكراه على نوعين : إكراه ملجىء وهو الإكراه الذي يهدد بفوات النفس أو العضو ، وإكراه غير ملجىء وهو الإكراه بما دون ذلك كالحبس أو القيد أو الضرب . وكل منهما يعدم الرضا . ويفرق بينهما في أن الإكراه الملجىء يفسد الاختيار فيؤثر في التصرفات القولية والتصرفات الفعلية ، أي في التصرفات القانونية والوقائع المادية ، فيفسد الأولى ويصلح عذرًا يعفى من المسئولية عن الثانية . أما الإكراه غير الملجىء فلا يفسد الاختيار ومن ثم يؤثر في التصرفات القولية دون الفعلية ، فسواء كان الإكراه ملجئا أو غير ملجىء فإنه يكون معتبرًا في التصرفات القانونية باعتباره عيبا من عيوب الإرادة . =

وتلحق الإجازة عقد الإكراه صراحة أو ضمنًا ، ولا تفيت المدة الطويلة حق الرجوع ، ولا توجب لزوم عقد الإكراه ؛ فالضرر لا يجاز ولو مضت السنون متى كان ظلمًا [1] .

وأما الغبن فإن وقع على الصغير المميز أو على محجور عليه فالنظر لوليه ، والغبن في القسمة يجوز الخيار في بعض صورها ، وسيأتي تفصيل ذلك في البيع عقارًا أو منقولًا وفي القسمة .

بند [58] صيغة العقود القانونية

القانون الفرنسي : في القوانين القديمة كانت العقود القانونية تحتاج إلى ألفاظ خاصة وكتابات محددة وأعمال كثيرة ، والآن تكفي الإرادة في تحديد الاتفاق مثلًا كالبيع فيحدد المبيع والثمن ويتم العقد . ولكن القانون استثنى عقودًا اشترط فيها العلانية لشدة العناية بها وهي :

أولًا – الزواج الذي اشترط إعلانه أمام الموظف المختص [2] .

= وقد وردت هذه التفرقة بين نوعي الإكراه في المادة 1007 من المجلة العدلية والمادة 286 من مرشد الحيران . كما وردت هذه التفرقة في المادة 2/122 من التقنين العراقي . والمادتين 136 ، 138 من التقنين الأردني . ومع ذلك فإن حكم الإكراه في التصرفات القانونية لا يختلف بحسب ما إذا كان ملجئًا أم غير ملجىء ، ولهذا نصت المادة 115 من التقنين العراقي على أن « من أكره إكراهًا معتبرًا بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده » ونصت المادة 141 من التقنين الأردني على أن « من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجاز المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحًا » . (انظر عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي 2/198 – 235 ، وانظر المواد 948 و 949 و 1003 – 1006 من المجلة ، والمواد 285 – 299 من مرشد الحيران) والمادة 1/156 و 2 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 30 ، 31 .

(1) قاعدة : الضرر لا يكون قديما .

(2) انظر : البنود من 63 إلى 76 في الباب الثالث من الكتاب الثاني من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 18 ، 19 ، 20 . كذلك انظر : البنود من 1401 إلى 1408 في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنسي ، الجزء الثاني ص 6 ، 7 ، 8 . كذلك انظر : بند 931 في الفصل الأول من الباب الرابع من الكتاب الثاني من هذا التعريب ، الجزء الأول ص 206 . كذلك انظر : بند 2074 وبند 2075 في الباب الأول من الكتاب السابع عشر من تعريب القانون ، الجزء الثاني ص 153 . كذلك انظر : البنود من 2146 إلى 2156 في الباب الرابع من الكتاب الثامن عشر من تعريب القانون المدني الفرنسي ، الجزء الثاني ص 175 ، 176 ، 177 ، 178، 179 وانظر أيضا : البنود من 1249 إلى 1252 ، في الباب الخامس من الكتاب الثالث من تعريب نفس القانون ، الجزء الأول ص 280 ، 281 .

ثانيًا – عقد ترتيب أموال الزوجين الذي يجب تحريره عند مسجل العقود .

ثالثًا – عقد الهبة الذي يجب تحريره عند مسجل العقود .

رابعًا – عقد الرهن الذي يجب تحريره عند مسجل العقود .

خامسًا – حلول شخص محل دائن في الحقوق والتقاضي بدفع قيمة الدين للمدين ليبري ذمته قبل دائنه على أن يبقى المدين وجها لوجه قبل الحال ، لا بد من تحريره أمام مسجل العقود .

بند [59] القانون الروماني

القانون الروماني مجرد التعاقد بالبيع لا ينقل الملكية بل يفيد التزام المتعاقدين كل بما تعهد به ، فبعد الصيغة تبقى ملكية المبيع على ذمة صاحبه . حتى يعمل أحد أمور ثلاثة :

1 – الإشهاد على التسليم ، وهو أن يحضر البائع والمشتري في جلسة علنية مع حضور خمسة شهود بُلَّغ وطنيين رومانيين ويد ميزان ، فيأخذ المشتري الشيء المبيع ، ثم يقول : أعلن أن هذا الشيء ملكي ، وقد اشتريته بهذا المبلغ ، ثم يضرب كفة الميزان بالنقد الذي معه ، وهذا كان فيما يمكن تسليمه وفيما إذا كان للمتعاقدين حق التجارة ، ويكون أمام قاض .

2 – الترك فيترك البائع الشيء المبيع إلى المشتري أمام الحاكم في شكل قضية وهمية .

3 – النقل ، وهي أن ينقل البائع إلى المشتري شيئًا جسمانيا من المبيع بشروط محدودة ، وهي طريقة تمليك العامة فيمكن للغرباء استعمالها أيضًا [1] .

---

(1) « يتم البيع في القانون الروماني بمجرد الاتفاق على الثمن ، ولو لم يحصل نقده . ولو دفع شيء على سبيل العربون ، إذ العربون ليس سوى دليل على حصول العقد . لكن يلاحظ أن هذا خاص بالبيوع التي تعقد بغير الكتابة ، والتي لم يسبق تناول أحكامها . أما البيوع التي تحصل بالكتابة ، فقد قررنا أنها لا تتم إلا إذا وقع الطرفان إمضاءهما على ورقة العقد المكتوبة ، بخطهما أو بخط شخص آخر . وإذا كانت تلك الورقة محررة بمعرفة أحد الموثقين العموميين فلا يتم العقد إلا إذا كانت كاملة مستوفية كل الأوضاع الشكلية المقررة ومعتمدة من الطرفين ؛ لأن ورقة العقد ما دامت لم تستوف كل تلك الأوضاع بل كان البعض منها لا يزال ناقصا ، فكل من الطرفين ؛ البائع والمشتري ؛ إذا ندم على ما كان فله أن يعدل عن التعاقد بلا حرج عليه . لكن هذه السلامة من الحرج عن العدول عن التبايع لم تقرر إلا إذا لم يكن هناك عربون قد دفع . أما إذا كان هناك عربون فإن الحكم يختلف ، سواء كان البيع حاصلا بالكتابة أو بغير كتابة ؛ إذ في هذه الحالة إن كان =

المؤلف : ولكن القانون الفرنسي المجموع سنة 1804 أتى بجديد في التشريع كما يزعم شراحه فيقولون : « في القوانين القديمة كانت العقود القانونية تحتاج إلى ألفاظ خاصة وكتابات محدودة وأعمال كثيرة) ، والآن (يعني بعد تحرير قانون سنة 1804) تكفي الإرادة في تحديد الاتفاق مثلًا كالبيع ، فيحدد المبيع والثمن ويتم العقد » وهذا إما جهل بالقوانين السابقة على قانون سنة 1804 ، ومنها القانون السماوي (التشريع الإسلامي) ، وإما غطرسة عن ذكره ، وقد كان أول من وضع قوانين التعامل في سهولة وسرعة فيكفي في البيع بعت واشتريت بثمن كذا ، بل وبدون صيغة ، فقط معاطاة من الجانبين ، كرجل أخذ شيئًا من محل تجارة ودفع ثمنه وخرج ، أو اشترى دابة ودفع الثمن واستلمها ، أو اشترى أرضًا ودفع الثمن فخلى بينه وبينها صح البيع في الجميع . وعن هذه الشريعة التي ملأت طباق الأرض علمًا وعدلًا وقننت أحدث القوانين والنظم ، ولم يصل إلى بعض منها هؤلاء الذين وضعوا قانون سنة 1804 أخذ التشريع الوضعي ، ولم تسمح ضمائرهم بذكر شيء عنها ، ولكن صدق اللّه العظيم إذ يقول : ﴿ يُرِيدُونَ أَن يُطْفِـُٔوا۟ نُورَ ٱللَّهِ بِأَفْوَٰهِهِمْ وَيَأْبَى ٱللَّهُ إِلَّآ أَن يُتِمَّ نُورَهُۥ وَلَوْ كَرِهَ ٱلْكَٰفِرُونَ ﴾ [1] . وتاريخ هذا التشريع السماوي من سنة 611 م أعني لوجوده الآن 1331 عامًا تقريبًا .

بند [60] التشريع الإسلامي

وجد التشريع الإسلامي في جزيرة العرب حوالي سنة 610 م تقريبًا ، وكان للبيع في الجاهلية عدة أشكال كبيع الملامسة ، وبيع المنابذة ، وبيع الحصاة إلخ . كأن يلمس ثوبًا لم يره ثم يشتريه على أن لا خيار له ، أو إذا لمسته فقد بعتكه ، أو كأن يجعل المتعاقدان النبْذ بيعًا (بعتك كذا بكذا على أني إذا نبذته إليك لزم البيع وانقطع الخيار) ، أو بعتك من هذه الثياب ما تقع عليه هذه الحصاة . فقضى فيها بالبطلان ، وشرع أن البيع يصح بإيجاب وقبول ، ووجد التشريع الإسلامي في

= المشتري هو الممتنع عن تتميم العقد فإنه يضيع عليه ما دفعه من العربون ، وإن كان الممتنع هو البائع لزمه رد العربون الذي قبضه ، ومثله معه ، يكون هذا ولو لم يصرح الطرفان بشيء عن العربون » .

انظر : الباب الثالث والعشرين من الكتاب الثالث ، من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني (في البيع والشراء) ، ص 225 .

(1) سورة التوبة الآية رقم 32 .

أوروبا من فتوح إسبانيا ، وانتشر فيها وفي فرنسا خصوصًا مذهب الإمام مالك في القرن الثاني من الهجرة أعني حوالي سنة 770 م تقريبًا ، وكان القانون الروماني وفيه ما مر ، وكان القانون الجرماني والقانون الكنائسي فلم يُبق على هذه التشاريع الملتوية المعقدة ، فقال في قاعدة عامة : « يتم البيع بإيجاب وقبول ، وتنتقل به الملكية ، وتترتب عليه آثاره متى وقع صحيحًا » [1] . بل شرع أكثر من ذلك وراعى أن التجارة خصوصًا البيع والشراء عصب الحياة الاقتصادية التي يلزم فيها السرعة فقال أيضًا : « ويصح البيع بما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة وإن معاطاة من الجانبين » [2] وانظر الآن نحن في سنة 1362 هـ وسنة 1943 م والبيع في أكبر محلات التجارة العالمية على هذه القاعدة ، فيدخل الزائر يجد الثمن مرقومًا على أي نوع يروق له فيطلبه من العامل ويدفع الثمن ويخرج بالمبيع ، وقد نُصَّ في

---

(1) يتفق هذا مع ما جاء في المادة 74 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية والتي جاء فيها تحقق ارتباط الإيجاب والقبول في الوقت الذي يتبادل فيه المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين . مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع لانعقاد العقد » .

ويقابل المادة 60 من التقنين الأردني التي تقول : « ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول . مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » ويقابل المادة 32 من التقنين الكويتي .

وهو ما عبرت عنه المادة 104 من المجلة ، حيث جاء فيها : « الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقاتهما » .

انظر : المذكرة الإيضاحية بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 17 .

(2) هذا هو ما تناولته المادة 75 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها :

1 - يكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا . كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على المعنى المقصود .

2 - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفات على أن يكون صريحًا .

وتقابل المادة 79 من التقنين العراقي والمادة 93 من التقنين الأردني . وتقابل المادة 34 و 35 من التقنين المدني الكويتي . وهي مستمدة من الفقه الإسلامي . فقد نصت المادة 346 من مرشد الحيران على أنه « كما ينعقد عقد البيع بالإيجاب والقبول خطابًا يصح انعقاده بهما تحريرا أو مكاتبة ... وينعقد البيع أيضًا بالإشارة المعروفة للأخرس » ونصت المادة 347 من المرشد على أنه « يصح انعقاد البيع بالتناول والتعاطي » . ونصت المادة 173 من المجلة على أنه « كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضًا » . ونصت المادة 175 من المجلة على أنه « حيث إن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين فيتعد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ويسمى هذا بيع التعاطي . انظر : المبسوط 108/12 ، 109 ، والبدائع 133/5 ، 135 وبداية المجتهد 141/2 ، المغني 4/4 ، 5 ، وانظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 17 .

مذهب الإمام مالك على أن بيع المعاطاة من الجانبين بلا صيغة يصح في كل بيع عظيمًا أو حقيرًا [1] ، وقيده بعض الشافعية بما لم يبلغ حد الجسامة ، وقال المالكية في المشهور : يصح في النوعين .

ولهذا لم يكن الفضل للقانون الفرنسي في القضاء على البيوع الرومانية وغيرها ، بل الفضل كلَّ الفضل للتشريع الإسلامي لأسبقيته على قانون سنة 1804 وتقريره قواعد أدق وأنظم أخذ بعضها القانون الفرنسي الحالي .

لم يستثن [2] التشريع الإسلامي أي عقد عن الآخر فيميزه بالعلانية المذكورة في التشريع الوضعي ؛ فلم يوجب كونه أمام موظف مختص ، فالزواج يتم بالإيجاب والقبول أمام شاهدين ، وتترتب عليه آثاره من نسب وميراث وأبوة وبنوة وحقوق زوجية إلخ ، غير أنه قد اعترى الناس في التزاماتهم ضعفٌ في الأخلاق ووهنٌ في واجباتهم ، وتحلّلٌ في أيمانهم وصدقهم ؛ فوجب إثبات ما تعاقدوا عليه خصوصًا في الزواج والطلاق ؛ فأمر ولي الأمر بمنع القضاة من سماع بعض دعاوى الزوجية بدون سند رسمي صادر من جهة رسمية .

وليس هذا تشريعًا في حقيقة الزواج والطلاق ، وإنما هي توثيقات اقتضتها ظروف التطور الاجتماعي فقط ، واكتفى التشريع في علانية النكاح أن يشهد عليه شاهدان .

وأما عقد ترتيب أملاك الزوجين فليس في الإسلام شيء من هذا فلا علاقة بين الزواج الذي هو عقد حل تمتع كل بالآخر لتكوين عائلة تترتب عليه آثاره القانونية وبين أملاك الزوجة إطلاقًا ؛ فهي جمعية حرة من جميع نواحيها فيحتفظ الزوج والزوجة بأملاكهما منفصلين لكل منهما كامل التصرف فيما يملك إلا ما نص عليه في باب الحجر مثلًا . ولا يوجد أيضًا رهن قانوني على أملاك الزوج لزوجته حتى يحصل إشهاد عند التنازل عنه [3] .

وأما الهبة والرهن فليس من أركانهما أو شروطهما تسجيل عقديهما ، بل

---

(1) قاعدة : بيع المعاطاة من الجانبين بلا صيغة يصح في كل بيع عظيمًا أو حقيرًا .

(2) في الأصل (يستثن) والصحيح ما أثبتناه .

(3) قاعدة : لا يوجد رهن قانوني على أملاك الزوج لزوجته حتى يحصل إشهاد عند التنازل عنه .

الرهن يلزم [1] بالقول ، ولا يتم إلا بالقبض [2] ، وأما الهبة فمن أركانها : واهب ، وموهوب له ، وموهوب ، وصيغة (الإيجاب والقبول) ؛ ففي كل هذه العقود لا يحتاج تكوينها ووجودها شرعًا إلى تسجيلها في سجل أيًّا كان ، فإن اقتضى نظام عام وتشريع وجوب تسجيلها فلا دخل للتسجيل في حقيقة [3]

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي أن الرهن لا يشمل إلا ما هو مقبوض . وظاهره أن غير المقبوض لا يسمى رهنًا . وليس كذلك إذ لا خلاف في المذهب أن القبض ليس من حقيقة الرهن ولا شرطًا في صحته ولا لزومه بل ينعقد ويصح ويلزم بمجرد القول ، ثم يطلب المرتهن الإقباض . قال ابن الحاجب : يصح الرهن قبل القبض ولا يتم إلا به ... حاشية الدسوقي 231/3 .

(2) قاعدة : الرهن يلزم بالقول ولا يتم إلا بالقبض .

(3) هذا هو ما اشترطته المادة 461 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على أنه :

1 – يلزم لانعقاد الهبة فوق الإيجاب والقبول أن تكون بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر .

2 – ومع ذلك يجوز في المنقول أن تنعقد الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية .

وتقابل المادة 602 ، 603 من التقنين العراقي .

فالمادة 602 من هذا القانون تنص على أنه : « إذا كان الموهوب عقارًا وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة » .

والمادة 603 تنص على ما يأتي : 1 - لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة أو دلالة . 2 - وإذا أذن الواهب صراحة صح القبض في مجلس الهبة أو مدته (أي مدة الإذن) . أما إذنه بالقبض دلالة فمقيد بمجلس الهبة . وعقد الهبة إذن بالقبض دلالة .

وتقابل المادة 525 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« 1 – يتوقف نفاذ عقد الهبة على أي إجراء تُعَلِّقُ النصوص التشريعية نقل الملكية عليه ، ويجوز لكل من طرفي العقد استكمال الإجراءات اللازمة .

2 – ويعتبر العقد قد تم ولو بقي شيء في يد الواهب إذا كان وليًا أو وصيًا أو قيمًا قائما على تربية الموهوب له .

وفي الفقه الإسلامي عند الحنفية لا ينتقل ملك الموهوب إلا بالقبض . أما قبل القبض فتصح الهبة ، ولكنها تكون هبة غير لازمة (البدائع 121/6 ، الهداية على هامش فتح القدير 113/7 – 117) .

وعند الشافعية والحنابلة ، لا تلزم الهبة ولا ينتقل المالك إلا بالقبض من الواهب (المهذب 447/1 ، المغني 591/5 – 593) .

وعند المالكية يستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب على التسليم ، وله أن يقبض الهبة بغير إذن الواهب . وهذا مبني على القول المشهور عندهم من « أن الموهوب له يمتلك الشيء الموهوب بمجرد العقد » (انظر المادة 530 من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ومذكرتها الإيضاحية) . ويتضح من ذلك اتجاه القوانين المدنية العربية إلى أنه يلزم لانعقاد الهبة فوق الإيجاب والقبول أن تكون بورقة رسمية سواء في العقار أو المنقول ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر ، ولا تتم هبة العقار إلا إذا كانت بورقة رسمية . ويجوز أن تتم هبة =

وجودها الشرعي [1] .

بند [61] القانون الفرنسي

حرية المتعاقدين في العقود القانونية وما يؤثر على العقود : الطرفان يملكان كل حرية في التعاقد بشروط بينهما تصبح قانونًا لهما بلا قيد ولا شرط ، إلا ما يخالف النظام العام أو الأخلاق الفاضلة . والذي يمكن أن يؤثر على العقد القانوني فيغير من نتائجه أحد أمرين : إما شرط فيه ، وإما أجل محدود .

فالشرط في العقد هو حادث مستقبل مذكور في العقد متعلق بوجود الحق أو إلغائه . والشرط قسمان : مُوقِف (معلق) للحق ، أو مبطل له ، فالشرط الموقف للحق هو حادث مستقبل غير محقق يذكر في العقد متعلق بوجود حق مثل : (أتعهد لك بدفع ألف متى نجحت في الانتخابات بجهة كذا يوم كذا) ، فما دام لم يأت الشرط فعند المتعهد له أمل فقط ، فإذا أدى المتعهد من نفسه ما تعهد به في هذه الحالة فله الحق في استرجاع ما أدى ؛ لأنه أدى ما لم يجب عليه ، ولا يصح إجباره على ما لم يجب . فإن تحقق الشرط وجب الأداء وكأنه عقد قانوني بسيط واجب النفاذ مقدمًا ، وإذا لم يتحقق الشرط لم يجب شيء وكأن هذا التعهد لم يكن شيئًا [2] .

بند [62] التشريع الإسلامي

متى تم التعاقد ولزم وجب على كل من الطرفين القيام بما التزم به إلا لوجود شرط أو ضرب أجل ، فالالتزام المعلق على شرط (كإن شفى اللّه مريضي مثلًا

= المنقول دون الحاجة إلى ورقة رسمية ؛ فكما تتم هبة المنقول بورقة رسمية تتم هبة المنقول بالقبض . وفي هذه الحالة يغني القبض عن الورقة الرسمية . وليست هناك طريقة محددة للقبض وبذلك يصبح قبض الهبة معادلًا لتسليم المبيع . والسند الشرعي للنص المقترح فيما يتعلق بالرسمية هو مصلحة حفظ المال ودفع الخصومة . انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامي ص 161 .

(1) جاء في الشرح الكبير في هبة الدين اشتراط ألا يهبه لمن عليه بل لغيره واشتراط الإشهاد في رهنه ، وكذا دفع ذكر الحق أي الوثيقة على قول . وقيل : هو شرط كمال كالجمع بينه وبين من عليه الدين الشرح الكبير 99/4 .

(2) انظر : البنود منْ 1168 إلى 1182 ، الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الأول ص 260 ، 261 ، 262 ، 263 .

فلك ألف فَشُفِي) متى وقع الشرط لزم فيقضى به إذا وُجِد المعلق عليه وكان الملتزم له معينًا ، فالتعاقد تام غير لازم إلا بحصول الشرط ، وللملتزم على شرط أن يتصرف فيما التزم قبل حصول الشرط أو حلول الأجل متى كان الأجل مجهولًا كإن جاء زيد الغائب مثلًا ، فإن كان الشيء معينًا كعبد أو دار أو دابة ، وكان الأجل معينًا كسنة أو شهر يمنع الملتزم من إخراجه عن ملكه لنهاية المدة [1] .

فإن أدى الملتزم الشيء الملتزم به قبل حلول الشرط فقد أدى ما لا يجب عليه وعلى من قبض شيئًا لا يستحقه أن يرده لمن أخذه [2] منه بدون

(1) يتفق هذا مع ما جاء في المادة 251 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ؛ كما يتفق مع ما جاءت به المادة 265 مدني مصري ، والمادة 325 من مشروع التقنين الكويتي والمادة 286 من التقنين العراقي . وتنص هذه المواد القانونية على ما يأتي :

1 - العقد المعلق هو ما كان متعلقًا على شرط واقف أو فاسخ .

2 - يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود لا محققا ولا مستحيلًا .

وهو ما قررته المادة 393 من القانون المدني الأردني ، ونصها : « الشرط التزامٌ مستقبلٌ يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه » .

ونصت المادة 295 من هذا القانون على أن « التصرف المعلق هو ما كان مقيدًا بشرط غير قائم أو بواقعة مستقبلة ويتراخى أثره حتى يتحقق المشروط وعندئذ ينعقد سببا مفضيًا إلى حكمه » (انظر المادة 315 - 319 من مرشد الحيران) .

(2) يتفق هذا مع ما جاءت به المادة 193 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذًا لالتزام لم يتحقق سببه ، أولا لتزام زال سببه دون أن يتحقق » .

ويتفق الحكم بذلك بوجه العموم مع ما جاء في المادة 182 مدني مصري والمادة 235 من القانون المدني العراقي ، ونصها :

1 - إذا وفى المدين التزاما للمدين لم يحل أجله ظانا أنه قد دخل فله استرداد ما دفع .

2 - على أنه لا يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقودًا ألزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بالسعر القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل وتختلف هذه المادة مع مقررات الفقه الإسلامي في موضوع الفائدة وإلزام المدين بردها مع ما عجل في الوفاء به .

وتقابل المادة 298 من القانون الدني الأردني التي تنص على أنه : « يصح كذلك استرداد ما دفع وفاء لدين لم يحل أجله وكان الموفي جاهلًا قيام الأجل » وكذا المادة 265 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه : « إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يحل أجله وكان الموفي جاهلًا الأجل ، جاز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المنجز في حدود ما لحق بالمدين من ضرر » انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 65 .

حق [1] .

فالمتعاقدان حُرَّان في التعاقد بما يريان لهما من شروط ؛ فتصبح محترمة بينهما بلا قيد ولا شرط ، إلا ما أحل حرامًا أو حرم حلالًا أو خالف إجماعًا أو قانونًا واجب النفاذ . ولكل من الطرفين التمسك بنصوص العقد وتنفيذها فلا يُنْقَض إلا برضاهما ، فإن كان العقد فاسدًا نقض لفساده بسببٍ موجبٍ لذلك .

بند [63] القانون الفرنسي

الشرط المبطل للحق هو حاث مستقبل غير محقق متعلق بإلغاء حق في عقد قانوني مثل (بعتك كذا بألف على أني إن دفعت لك الألف في خمس سنين أسترد المبيع) فإن مضت المدة ولم يدفع اعتبر كأنه عقد قانوني بسيط من يوم إتمامه ، وإن دفع المبلغ في المدة عاد المبيع إليه وكأنه لم يحصل بيع بتاتا ، وهذا هو المسمى (بيعٌ وفائيٌّ) . وينتج من هذا الشرط المبطل أن المشتري إذا رتب حقا عينيا على المبيع بشرط مبطل ، ثم عاد المبيع لصاحبه بطلت كل الحقوق المترتبة على العين المبيعة المذكورة مدة البيع من المشتري ؛ لأن الإلغاء يعمل في الماضي فكأنه لم يوجد بيع ، فتصرفات المشتري وقعت في غير ما يملك فهي باطلة قانونا [2] .

بند [64] التشريع الإسلامي

الالتزام في البيع بشرط أو لأجل لا يمنع انعقاده إلا إذا كان متنافيًا مع طبيعة العقد ؛ لأن البيع عقد معاوضة ، ومقتضاه نقل الملك حال العقد والشرط يمنعه والأجل لا يوقف الالتزام ولا يعلقه ، وإنما هو غاية للإيفاء فيؤخر التنفيذ مع لزوم العقد بالنسبة لمدة الأجل [3] .

---

(1) قاعدة : على من قبض شيئًا لا يستحقه أن يرده لمن أخذه منه بدون حق .

(2) انظر : البنود من 1183 ، 1184 ، الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثالث من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 263 .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 131 من التقنين العراقي ، ونصها :
1 - يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جاريًا به العرف والعادة .
2 - كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعا قانونا أو مخالفًا للنظام العام أو للآداب وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد » . ويتفق أيضا مع المادة 164 من التقنين الأردني ، والمادة 175 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح =

وقد اختلف المجتهدون في بيع السلعة بثمن مؤجل بشرط رهن المبيع ؛ فقالت الشافعية : لو شرط رهن المبيع بالثمن بطل البيع لاشتماله على شرط رهن ما لم يملكه بعد [1] ، فإن كان الرهن بعد عقد البيع صح ، فإن كان في صلب العقد أو قبل الملك بطل البيع . وقالت الحنابلة : شرط البيع أن يكون منجزا [2] ، فلا يصح البيع ولا الشراء معلقا كبعتك إذا جاء رأس الشهر أو بعتك إن رضي فلان ؛ لأنه عقد معاوضة . ومقتضاه نقل الملك حال العقد والشرط يمنعه . وأما رهن المبيع على ثمنه فهو جائز (بعتك هذا بعشرة على أن ترهنه نظير ثمنه فرضي صح) فيجوز فسخ البيع لفقد الشرط .

وقال المالكية : يصح بيع السلعة لأجل على شرط رهن المبيع [3] فإن كان الرهن

= بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 35 .

(1) لو شرط أن يكون المبيع رهنًا بالثمن قال الشافعي : البيع مفسوخ . قال الأصحاب : ذلك يبنى على قولنا : البداية في التسليم بالبائع أو بالمشتري أو يتساويان ليكون الشرط مغيرًا مقتضى العقد . وتعليله أن التسليم إذا وجب عليه بمقتضى العقد فاشتراط أن يكون البيع رهنًا في يده على الثمن تغيير مقتضى العقد في إيجاب التسليم فيفسد . الوسيط في المذهب 75/3 ، 76 .

(2) جاء في شرح منتهى الإرادات : أن الشرط الذي (لا ينعقد معه بيع) هو المعلق عليه البيع ، كبيعه كذا إن جاءه أو رضي زيد ، أو اشتريت كذا إن جئتني أو إن رضي زيد بكذا لأنه عقد معاوضة وهو يقتضي نقل الملك حال العقد . والشرط يمنعه (ويصح بعت)إن شاء اللّه لأن القصد منه التبرك لا التردد غالبًا 164/3 ، 165 كما جاء في نفس المصدر : ما كان من مصلحته أي المشترط له كتأجيل الثمن وبعضه إلى أجل معين ... ويدخل فيه لو باعه وشرط عليه رهن المبيع على ثمنه فيصح نصًا ؛ فإذا قال بعتك هذا العبد بكذا على أن ترهنيه على ثمنه فقال اشتريته ورهنتك صح البيع والرهن .

(3) جاء في مواهب الجليل (وأجبر عليه إن شرط ببيع وعين وإلا فرهن ثقة . 17/5 قلت . أرأيت إن بعته بيعًا أو أقرضته قرضًا على أن يعطيني فلانًا حميلًا بعينه أيجوز ذلك ؟ قال : أرى ذلك جائزًا إن رضي فلان . فإن أبى فلان فلا بيع بينهما ولا قرض إلا أن يشاء البائع أن يمضي البيع بحميل غيره أو بغير حميل فيجوز ذلك قال : وهذا إذا كان الحميل الذي شرط في البيع قريب الغيبة أو بحضرتهما ولم يتباعد ذلك . قلت لمالك فالرجل يبيع السلعة على أنه إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا وكذا يسميه فلا بيع بينهما . قال : شرطهما باطل والبيع لهما لازم . وفي المدونة 220/3 إن شرط رهنًا مطلقًا بغير عينه ثم أبى المشتري دفعه خير البائع في إمضاء البيع بغير رهن . وجاء في المدونة إن بعت منه سلعة بثمن إلى أجل على أن تأخذ به رهنًا ثقة عن حقك فلم تجد عندك رهنًا فلك نقض البيع أو تركه بلا رهن . التاج والإكليل 17/5 . وجاء في حاشية الدسوقي شرط لصحة بيع المعقود عليه ثمنًا أو مثمنًا طهارته ... 10/3 قوله (فيعمل بالشرط) هذا ظاهر إذا كان الشرط في صلب العقد وأما إذا تطوع به أحدهما للآخر بعده ففي المسألة قولان وظاهر المصنف اعتباره ، لأن قوله إلا لشرط يشمل الواقع في العقده وبعده . حاشية الدسوقي 28/3 .

معينا أُجْبِر المشتري على دفعه للبائع إن امتنع ، وإن كان غير معين فشرطه يجوز ، وعليه رهن ثقة فيخير البائع . وشبهه في غير معين في فسخ البيع وإمضائه ؛ فالفسخ مأخوذ من مفهوم الشرط .

فالشرط حينئذ مفسخ للبيع متى تمسك به المشروط لمصلحته ، وما ترتب على العقد الذي فُسِخ هو حفظ حق البائع على مبيعه ، إلا إذا منع مانع شرعي من إرجاعه عينا . ولكل عقد حكمه صحيحًا وفاسدا في بابه فليُرْجَع إليه . أما البيع بشرط (أني إن دفعت لك الألف في خمس سنوات أسترد المبيع) ، فهو بيع فاسد ، والشرط باطل إن وقع الاشتراط في صلب العقد ، وهو المعروف (ببيع الثنيا) ، وهو البيع الذي اشترط بائعه إرجاع المبيع له إن أتى بالثمن ، فإن تطوع المشتري بذلك بعد العقد جاز . وليس للمشتري تصرُّف بإخراجها لغير البائع في التطوع بها . وللبائع رفعه للحاكم ، فإن منعه الحاكم وتصرف فللبائع رد تصرفه مطلقًا ، وإن لم يمنعه الحاكم وتصرف بعتق أو بيع نفذ ، وإنما للبائع منعه إذا قام عنده إرادة التصرف وقبل أن يتصرف بالفعل إذا أحضر له الثمن . وهذا كله إذا لم يضربا أجلا وإلا عُمِل به . ويجوز شرط (إن بعتها فأنا أحق بها) في الإقالة من البيع بأن باع زيد لعمرو سلعة ، وطلب زيد الإقالة من عمرو ، فقال عمرو : أقلتك على شرط إن بعتها لغيري فأنا أحق بها ، فهذا الشرط جائز معمول به [1] .

وكل حق رتبه غير المالك على عين ليست ملكًا له فهو باطل ، ولا أثر له [2] ، وكل تصرف في ذات أو منفعة مملوكة للغير فهو باطل [3] .

بند [65] الأجل المحدود

القانون الفرنسي : وهو حادث مستقبل محقق الوقوع متعلق باستعمال الحق أو تلاشيه ، والأجل المحدد قسمان : معلق للحق ، وملاش له .

(1) يتفق هذا مع ما جاء في المادة 181 من التقنين العراقي والمادة 242 من التقنين الأردني والمادة 1/217 م التقنين الكويتي .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 35 .

(2) قاعدة : كل حق رتبه غير المالك على عين ليست ملكًا له فهو باطل ولا أثر له .

(3) قاعدة : كل تصرف في ذات أو منفعة مملوكة للغير فهو باطل .

فالأجل المعلق للحق هو حادث مستقبل محقق الوقوع متعلق باستعمال الحق كما إذا أقرضت آخر مبلغًا 100 على أن يدفعه بعد ثلاثة أشهر ، فليس للدائن المطالبة بحقه ولا إجبار المدين بالدفع مادام لم يمر الأجل المحدد ، فإن دفع المدين في هذه الحالة فقد وفى دينه ، وإن كان لم يجب ؛ لأن الحق موجود من وقت العقد (فليس كالبيع الوفائي) . ومتى حل الأجل فليس ما يمنع الدائن من عمل ما يراه قانونًا للحصول على حقه . والأجل المذهِب للحق حادث مستقبل محقق الوقوع يضع نهاية لاستعمال حق كتعهد شركة التأمين على الحياة بدفع مقرر سنوي لشخص حتى موته نظير ترك رأس المال ، فالحق مستعمل قبل وجود الأجل ، وينتهي بوجود الأجل ، ولا يرجع للماضي [1] .

بند [66] الأجل

التشريع الإسلامي : متى وقع العقد صحيحًا لازمًا فقد انشغلت ذمة الطرفين المتعاقدين كل بما التزمه [2] ، ومقتضى الوفاء بالالتزام المسارعة إلى إبراء الذمة مما يشغلها . غير أن الناس يعرض لها في بعض الحالات ألا تجد الملتزم به عقب العقد مثلًا أو لا تجد الثمن في المبيع فيوصف التعاقد بأنه لأجل [3] .

أما في الثمن كما لو باع دابة بعشرين على أن يدفعها في نهاية ستة أشهر صح البيع ولزم ، وانشغلت ذمته بالعشرين . غير أن أداءها لا يجب إلا في تمام الأجل فلو دفعها قبل الأجل فقد وفَّى ما تعهد به ، وبرئت ذمته ، فلا يجب عليه دفعها عند الأجل مرة أخرى ، وليس للدائن أي حق في المطالبة بالدفع مدة الأجل ، فالأجل مانع للطلب لا للالتزام [4] فقد حصل بمجرد العقد ، فإن كان الدين عينا

---

(1) انظر : البنود 1185 إلى 1188 الفصل الثاني ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 264 ، 265 .

(2) قاعدة : متى وقع العقد صحيحًا لازمًا فقد انشغلت ذمة الطرفين المتعاقدين كل بما ألزمه .

(3) جاء في الخرشي 95/4 تفريق : فيمن باع لأجل ثم اشتراه بجنس ثمنه من عين وطعام وعرض بين أن يكون البيع نقدًا أو لأجل ، وجاء في مواهب الجليل 226/4 أن بيع الأعيان ينقسم إلى أقسام كثيرة من حيثيات متعددة فينقسم من حيث تأجيل أحد عوضيه أو كليهما إلى أربعة أقسام ؛ لأنه إن لم يكن فيها تأجيل فهو بيع النقد وإن تأجلا معًا ابتداء فهذا الدين بالدين وهو ممنوع وإن تأجل الثمن فقط فهو البيع إلى أجل وإن تأجل المثمون فقط فهو السلم .

(4) قاعدة : الأجل مانع للطلب لا للالتزام .

لزم الدائن قبوله ، وإن كان غير عين فيجبر إن كان في محل القضاء وحل الأجل ، وإلا فلا يجبر . وأما في الثمن فإذا عَلَّق الملتزم الالتزام على أجل معين كسنة أو شهر ، وكان الشيء معينًا كعبده ودابته وداره فإنه يمنع من بيعه وإخراجه عن ملكه ، فإذا كان الأجل مجهولا كإن جاء زيد الغائب فإنه لا يُمْنَع من البيع ، فلو ضاع ما التزمه أو تلف بتفريطه لزمه قيمته أو مثله .

وقد يكون الأجل مُذْهِبًا للحق كمن أعار أرضًا لزيد لزرعها والانتفاع بها مدة معينة من الزمن فبمضيٍّ هذه المدة تلاشى حق الانتفاع [1] ، ولا يرجع للماضي ، وأما ما ذكر في القانون الفرنسي من ضرب المثل بشركة التأمين على الحياة فعقدها باطل شرعًا لما فيه من عدة شروط فاسدة فضلا عن أنه متروك للقدر ، وفيه غرر ، وسيأتي شرحها في محله إن شاء اللّٰه .

بند [67] نتائج العقود القانونية

القانون الفرنسي : نتائج العقود القانونية لا تكون إلا للأشخاص المشتركين فيها ، فلا يضر ولا ينفع الشخص الثالث بها .

والمراد بكلمة (أطراف العقد) هو كل شخص اشترك في تكوين هذا العقد ولولاه ما وُجِد ، وقد سبق أن من العقود ما يوجد بشخص المشهد ، وما يوجد بشخصين وبثلاثة ، وتوجد أشخاص تشبه طرفي العقد وهو من انتقل إليه الحق أو من أصبح مالكًا للحق ، فصاحب الحق الأصلي يقال له (السبب) ، ومن انتقل إليه الحق قسمان :

1 - الذي انتقل إليه الملك بصفة عامة كالذي انتقل إليه ما تركه المتوفى أو جزء

---

(1) يتفق هذا مع ما جاء في المادة 1008 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة 1257 من التقنين العراقي والمادة 952 من التقنين الكويتي . وتتفق مع المادة 1215/ من التقنين الأردني . ويتفق الحكم الذي قررته هذه المواد بوجه العموم مع ما يقرره الفقه الإسلامي ، حيث ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين إذا تعين له أجل وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع ، فقد استقر رأي الحنفية على عدم توارث ملكية المنفعة وإن كانوا يستثنون منها المرور والشرب (البدائع 353/7 ، 354) وذلك على خلاف الشافعية والحنابلة ؛ لأن المنافع تورث عندهم باعتبارها أموالًا . وقد نصت المادة 35 من مرشد الحيران على أنه « ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع وبانقضاء المدة المعينة له إن كان له مدة وبهلاك العين المنتفع بها » . انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 407 ، 408 .

منه كالوارث والموصَى لهم .

2 – الذي انتقل إليه الملك بصفة خاصة كمن يملك من شخص آخر أملاكًا محدودة سواء بين الأحياء أو بعد الوفاة وهم الموصَى لهم بشيء خاص ، والفرق بينهما أن الأول ملزم بدفع الدين الذي لزم من ملكه ؛ لأنه ملك تركة لها وعليها ، والثاني لا يدفع شيئًا ؛ لأنه مَلَك شيئًا محدودا من التركة وهما معًا يتلقيان الأملاك بما عليها من حقوق ارتفاق ورهن وخلافهما [1] .

بند [68] التشريع الإسلامي

نتيجة العقود لا تلزم ولا تعود إلا على من تعاقدها بمنفعة أو خسارة ، وكل من اشترك في وجود العقد وكان ركنًا فيه يكون طرفًا للعقد [2] ، أما الالتزام الصادر عن شخص واحد فليس فيه معنى العقد المقتضي طرفين ، وقد تعود ثمرة العقود وأضرارها على من ينتقل إليهم التزاماتها كالوارث مثلًا فإنه يتلقى تركة مورثه بما لها وما عليها من حقوق والتزامات تقررت في حياة المورث عليها .

وقد ينتقل الالتزام إلى آخر في حياة الملتزم كهبة شيء معين عليه حق للغير أو ينتقل بعد وفاة الملتزم لوارثه أو لموصى له .

والقاعدة الشرعية أنه لا تركة إلا بعد سداد الدين ، ولا وصية إلا بعد سداد الدين [3] فالدين الذي التزم به المتوفى مقدم على الوصية والميراث ، فإن التزم من ورث كل أو بعض التركة بسداد دين التركة فله ذلك [4] ، وتورَّث التركة بما لها

(1) انظر : البنود من 1165 إلى 1167 ، الفصل السادس ، من الباب الثالث ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 259 ، 260 .

(2) قاعدة : كل من اشترك في العقد وكان ركنًا فيه يكون طرفًا للعقد .

(3) قاعدة : لا تركة ولا وصية إلا بعد سداد الدين .

(4) جاء في الشرح الكبير : – ثم تقضى من رأس ماله ديونه التي لآدمي كانت بضامن أم لا . الشرح الكبير 458/4 . وجاء في حاشية الدسوقي وحق تعلق بالميت أي وهو مؤن تجهيزه ، وقوله حق تعلق بالذمة أي بذمة الميت وهي الديون المرسلة أي المطلقة عن الرهن الخالية عنه 457/4 . وجاء في الخرشي أنه تصح الوصية للميت إن علم الموصي بموته ، ويصرف المال الموصى به في دينه إن كان على الميت دين وإلا فهو لوارثه 170/8 وجاء في الخرشي وتخرج الديون كانت بضامن أم لا ؛ لأنها تحل بموت المضمون ... الخرشي 197/8 .

وما عليها ، ولا فرق بين من ينتقل إليه الملك بصفة عامة كالوارث أو بصفة خاصة كالموصى له في عدم الالتزام بدفع دين المتوفى إلا بمقدار التركة إلا أن يلتزما بذلك [1] . فإن لم تبق تركة فلا ميراث ولا وصية ولا ديون عليهما بصفة كونهما ورثة أو موصى لهم قبلوا الوراثة أو رفضوها إلا أن يلتزموا سداد دين التركة كما قلنا (فالغرم بالغُنم قدرا بقدر) [2] .

بند [69] إلغاء العقود القانونية

القانون الفرنسي : إلغاء العقود القانونية [3] يشمل ثلاثة أشياء :

أولًا – عدم الوجود . **ثانيًا** – الإلغاء المطلق . **ثالثًا** – الإلغاء الخاص .

أسباب خاصة لأنواع الإلغاء المختلفة :

أولًا – عدم وجود العقد القانوني ، وهو العقد الذي لم يتحقق في تكوينه شرط أساسي أو فقد العلانية فيما اشترط القانون ذلك مثل عدم الإرادة ، وعدم مادة التعاقد ، وعدم تسجيل العقد القانوني عند مسجل العقود فيما نُصَّ على ذلك قانونًا .

ثانيًا – الإلغاء المطلق ، وهو العقد الذي جمع الشروط القانونية ، ولكنه خالف النظام العام أو العادات الحسنة ، وتارة يكون الإلغاء منصوصًا عليه قانونًا وهو الإلغاء الحرفي ، وتارة يكون بطريق المفهوم من وضع قانوني حرمه القانون .

ثالثًا – الإلغاء الخاص ، وهو في حالتين فقط محدودتين .

أولًا – في حالة عدم أهلية التعاقد .

ثانيًا – في حالة وجود نقص في الرضا : غش ، خطأ ، قهر (إكراه) إلخ .

وليس بين عدم وجود العقد والإلغاء المطلق فرق حتى إن بعض العلماء جعلهما واحدا ، وبين الإلغاء المطلق والإلغاء الخاص الفروقات الآتية :

---

(1) تخرج وصاياه من ثلث باقي ماله إن وسع جميعها والأقدم الآكد ، ثم إن بقيت بقية من التركة فلوارثه فرضًا أو تعصيبًا أو هما معًا . الخرشي 198/8 ومثله في حاشية الدسوقي 458/4 كذلك الشرح الكبير .

(2) قاعدة : الغرم بالغنم قدرًا بقدر .

(3) انظر : البنود من 11304 إلى 1314 ، الفصل السابع ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 294 ، 295 ، 296 .

أولًا – الإلغاء المطلق يمكن لكل من يهمه أمره طلبه أمام المحاكم ، والإلغاء الخاص شُرِعَ لحماية أشخاص معروفة (عديمي الأهلية ، من لم تكمل إرادته) .

ثانيًا – يمكن التنازل عن الإلغاء الخاص فيصير العقد صحيحًا ، ولكن في الإلغاء المطلق لابد من عمل العقد ثانيًا مستوفيًا للشروط المطلوبة قانونًا .

ثالثًا – الإلغاء المطلق يمكن أن يكون بقوة القانون أحيانًا بدون استصدار حكم للإلغاء ، والإلغاء الخاص لا بد من صدور حكم يزيل أثر العقد المتصف بالنقص الخاص .

رابعًا – الإلغاء المطلق لا يختفي بمضي المدة بخلاف الإلغاء الخاص . وسَوَّى بعض العلماء بين الإلغائين في قواعد مُضِيّ المدة .

بند [70] التشريع الإسلامي

كل عقد يصح عمله شرعًا كالبيع ، والرهن ، والإيجار ، والزواج مثلًا متى استوفى أركانه اللازمة لتكوينه ووجوده وقع صحيحًا [1] ، فإن فقد ركنا كعدم وجود بائع أصلا ، أو وجوده في حالة أخرجته أصالة عن أهلية التعاقد ، كصبي غير مميز أو مجنون ، أو فُقِدَت مادة التعاقد أصالة ، أو وجِدَت ولكن في غرر وعدم إمكان تسليم كبيع طير في الهواء أو سمك في الماء ليس في المقدور تسليمه بطل العقد ، بمعنى أنه لم يوجد شرعًا فلا تترتب عليه آثاره ، ويقال له باطل ؛ فلا ينقلب صحيحًا ، ولا يحتاج لحكم بالفسخ إذا لم يتتارك المتعاقدان ، ويصح لكل منهما التصرف فيما التزمه للآخر بلا أدنى مسئولية عليه كمن باع ملك غيره ، ولم يجزه ذلك الغير ، فهذا هو البطلان .

فإن استوفى العقد أركانه التي بها يتم تكوينه ، ولكنه نقص شرط صحته كالإشهاد في الزواج عند الدخول عند مالك فهو شرط صحة ، وكالبيع في المسجد أو وقت أذان الجمعة عند الإمام أحمد بن حنبل فهو وإن استوفى شروطه كعقد ، إلا أنه وقع في مكان نُهِي عن التعامل فيه ، أو في زمان نص فيه على ترك البيع ﴿ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ ﴾ [2] قرآن كريم ،

(1) قاعدة : كل عقد يصح عمله شرعًا متى استوفى أركانه اللازمة لتكوينه ووجوده وقع صحيحًا .

(2) سورة الجمعة الآية رقم 9 .

فيقال إن العقد فاسد يعني ملغى إلغاء مطلقًا ، فإن لم يطلق الزوج طلق عليه القاضي ولو دخل بها الزوج ووُلِدَ لهما . ولا يصح التصرف ببيع أو هبة أو غيرهما في المقبوض بعقد فاسد [1] ، ويضمن هو وزيادته كمغصوب وهذا هو الإلغاء المطلق [2] . وقد يتم العقد بوجود أركانه ، وتكون شروط صحته موجودة فيه ، غير أن أحد الطرفين كان ناقص الأهلية ، كعقود البالغ السفيه المحجور عليه ، والصبي المميز الذي لم يبلغ رشده ، أو وجدت حالة تقتضي خيار أحد المتعاقدين كعيب في المبيع أو غش أو إكراه ، ففي هذه الأحوال يصح أن يكون العقد محلا للفسخ بطلب من لحقه الضرر أو من يتولى شئون عديم الأهلية نظرًا للمصلحة في ذلك ، وهذا هو الإلغاء الخاص [3] .

وعدم وجود العقد لعدم وجود ركنه غير وجود العقد بوجود أركانه مع فقد شرط صحته ، ففي وجود عقد بوجود أركانه وتخلف شرط صحته ، وفي عدم وجود عقد أصلا لتخلف بعض أركانه ومقومات وجوده وجود حقيقتين مختلفتين

(1) قاعدة : لا يصح التصرف ببيع أو هبة أو غيرهما في المقبوض بعقد فاسد .

(2) جاء في مواهب الجليل : قال ابن عبد السلام : وانظر لو اشترى الغاصب السلعة من ربها بأقل مما باعها به للأجنبي هل يكون له ما بين الثمنين أو لا ؟ وقد قال محمد فيمن تعدى على سلعة رجل فباعها بغير أمره ثم اشتراها ممن باعها به : ليس له ربح لأنه ربح مالم يضمن ، و يفرق بينهما بأن الغاصب ضامن ولم يكن المتعدي في مسألة محمد ضامنًا . واختلف المتأخرون في النقل عن المتقدمين هل يشترط ذلك أم لا ؟ فقال ابن عبد السلام : أكثر نصوصهم أنه لا يجوز البيع للغاصب إلا بعد أن يقبضه ربه ويبقى بيده مدة طويلة حدها بعضهم بستة أشهر فأكثر . مواهب الجليل 268/4 . وجاء في الخرشي : وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض، ومعناه أن ضمان المبيع في البيع الفاسد لا ينتقل من ضمان البائع إلى المشتري إلا بقبضه قبضًا مستمرًّا في العقد المنبرم لا بتمكين المشتري منه ولا بإقباضه الثمن للبائع . الخرشي 85/5 .

(3) جاء في حاشية الدسوقي 6/3 اشتراط التمييز من العاقدين لقيام العقد وانعقاده ، وذلك لأن التمييز شرط في وجود العقد لا في صحته فالمراد شرط وجوده عند عاقده ، لأن فقد التميز يمنع انعقاد البيع بحيث لا توجد حقيقته ، لفقد ما يدل على الرضا لا صحته مع وجود حقيقته تأمل أ هـ . فلا ينعقد من غير مميز ... إلا أنه غير لازم فجعل التمييز شرطًا في لزومه ... وقد اختلف العلماء في حكم بيع الصغير والمجنون ، فأبطله جمهور الفقهاء ، وذهب الأحناف إلى التفريق في بيع الصغير وشرائه بين ما إذا كان مميزا أو غير مميز ، حيث ذهبوا إلى بطلان التصرفات الدائرة بين النفع والضرر لغير المميز . أما المميز فإن تصرفاته هذه تكون موقوفة على إجازة وليه ، إن أجازها جازت وإن لم يجزها بطلت . وفي الشرح الكبير وشرط لزومه في عاقده تكليف ورشد وطوع في بيع متاع نفسه .

قانونًا ، وإلا لما وُجِد فرق بين الركن الذي هو من مقومات ماهية العقد وبين الشرط الذي هو خارج عنها ، فقط يمكن أن يقال إن ما يترتب على الحقيقتين متقارب وهو عدم ترتُّب آثار العقود غير الموجودة والعقود الموجودة الفاسدة .

والفرق بين العقدين :

أولًا – أن العقد الباطل مفروض عدم وجوده شرعًا فيجوز بيع ومُشْتَرَى ما بيع بيعًا باطلًا من غير صدور حكم بفساد البيع الأول ، فتجوز الخطبة والزواج لامرأة وقع عقد نكاحها باطلا بلا حرمة ولا فساد يلحقه بدون احتياج لحكم بالفسخ لعدم انعقاده .

ثانيًا – أن العقد الفاسد لعدم وجود شرط الصحة فيه مفروض وجوده قانونًا ، ولذلك لا يصح تزويج من فسد نكاحها قبل الفرقة بطلاق أو فسخ ، فإن أباها الزوج فسخه الحاكم .

والفرق بين الباطل والفاسد فسادا مطلقا وبين الإلغاء الخاص :

أولًا – أن الإلغاء للبطلان ، والإلغاء المطلق يجوز طلبهما حسبة ؛ لأنه حق عام ، وعلى القاضي متى تحقق له ذلك بالدليل الشرعي أن يحكم بذلك ، وأما الإلغاء الخاص فللوصي النظر في تصرف محجوره ، فإن رآه صوابا أجازه وإلا أبطله ورده [1] .

ثانيًا – أن الإلغاء الخاص يمكن تركه لمنفعة من شرع لحمايته متى رضي بذلك ، فيصبح العقد صحيحًا نافذا بخلاف العقد الباطل والملغى إطلاقًا ، فلابد من عقدهما من جديد بشروطهما وأركانهما .

ثالثًا – متى رضي الطرفان بالتتارك [2] بالعقد الفاقد ركنه أو شرطه صح بلا حاجة لحكم ، وإلا فلا بد من صدور حكم بعدم إقرارهما على عمل باطل أو فاسد يزيل أثره ، فلا ينقلب الباطل صحيحا ولا الفاقد شرط صحته كذلك ولو بمضي المدة الطويلة .

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 294/3 : أن المميز إذا تصرف في ماله بمعاوضة مالية بغير إذن وليه وكانت تلك المعاوضة على وجه السداد ولأجل إنفاقه على نفسه فيما لا بد له منه واستوت المصلحة في إجازتها وردها فإنه يثبت لوليه إذا اطلع عليها الخيار بين إجازتها وردها وهذا هو المشهور ... قال في البيان إذا باع اليتيم دون إذن وصيه أو صغير بدون إذن أبيه شيئًا من عقاره أو أصوله بوجه السداد في نفقته التي لابد له منها وكان لا شيء له غير الذي باع أو كان له غيره ولكن ذلك المبيع أحق ما يباع من أصوله أن هذا البيع صحيح .

(2) تتارك وتتاركوا الأمر بينهم أي اتفقوا على تركه وعدم الإبقاء عليه ، لسان العرب مادة ترك 43/1 .

بند [71] نتائج حكم إلغاء العقد القانوني

القانون الفرنسي :

أولًا – قوة الشيء المحكوم فيه ، الحكم الصادر بإلغاء عقد قانوني يكون معارضًا للجميع ، ولا يتعلق بطرفيه فقط ، وهو حكم مُظْهِر لا مُوجِد .

ثانيًا – آثاره رجعية ، الحكم الصادر بإلغاء عقد قانوني قابل للإلغاء يكون رجعيًا ، ينسحب أثره للماضي فكأن العقد لم يوجد قط [1] .

بند [72] التشريع الإسلامي

ينتج من إلغاء العقد قضائيًا أن الحكم يكون حجة على الجميع ، ولا يتعلق بطرفيه فقط ، وهو في الواقع مُظْهِر للحقيقة لا مُوجِد لها ، فلو حكم القاضي بإلغاء تصرف المجنون والصبي غير المميز فمعناه أنهما لم يصدر منهما تصرف إطلاقًا ، وبهذا ينسحب حكمه لتاريخ التصرف ؛ فلا أثر لهذا التصرف من يوم صدوره ، فالحكم إذًا يحوز قوة الشيء المَقْضِيِّ فيه ، وآثاره رجعية على تفصيل سيأتي في محله [2] .

---

(1) انظر : البنود من 1304 إلى 1314 ، الفصل السابع ، من الباب الخامس ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 294 ، 295 ، 296 .

(2) يتفق الحكم بذلك مع ما جاء في المادة 132 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . ونصها :
1 - العقد الباطل لا ينعقد فلا يترتب عليه أي أثر ، ولا ترد عليه الإجازة .
2 – ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ... وتطابقها في الحكم المادة 141 مدني مصري ، والمادة 168 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :
1 - العقد الباطل ما ليس مشروعًا بأصله ووصفه بأن اختل ركنه ، أو محله ، أو الغرض منه ، أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ، ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة .
2 - ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها .
وتقابل هذه المادة المواد 184 ، 185 ، 186 من التقنين الكويتي ، فالمادة 184 من هذا التقنين تنص على أن : « العقد الباطل لا ينتج أي أثر ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها » . والمادة 185 من هذا التقنين تنص على أن « العقد الباطل لا يتصحح بالاجازة » والمادة 186 من هذا التقنين تنص على أن « العقد الباطل لا يصح بمرور الزمن » .
وتقابل كذلك المادة 141 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا كان العقد باطلًا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة » . انظر : المذكرة الإيضاحية ص 41 .

نتيجة المقارنات من بند 48 إلى نهاية بند 72

يتفق التشريعان فيما يأتي : العقد القانوني ، شروط وجود وشروط صحة ، التعاقد القانوني (في الجملة) ، الإرادة ، الغلط ، الغش ، القهر والتهديد ، الغبن ، صيغة العقود القانونية (انعقاد البيع وانتقال ملكية المبيع للمشتري) ، حرية المتعاقدين في العقود القانونية ، الأجل المحدد ، نتائج العقود القانونية ، إلغاء العقود (عدم وجود العقد ، الإلغاء المطلق ، الإلغاء الخاص ، نتائج حكم الإلغاء في الجملة) ، قوة الشيء المحكوم فيه ، آثاره الرجعية .

القسم الثاني « العائلة »

بند [73]

القانون الفرنسي : العائلة هي جملة أشخاص تجمعهم قرابة أو نسب . والقرابة هي رباط الدم الموجود بين أشخاص ولد أحدهم الآخر أو بين أشخاص نزلوا كلهم من مُوجِد واحد عام بعيد تقريبًا .

يوجد نوعان من القرابة : الأول قرابة بخط مستقيم ، وهي التي تجمع السلف بالخلف (كالجد ، والأب ، والابن ، وابن الابن) فكل له على ما بعده ولادة . والثاني قرابة فرعية ، وهي بين أشخاص ليس لأحدهم على الآخر ولادة ، ولكنهم جميعًا ولدوا من شخص واحد(كالاخوة ، والأخوات ، والعم ، وأولاد الأخ) .

ويلزم معرفة سلسلة القرابة ودرجة القرابة . فالسلالة هي سلسلة الأقارب ، فالموجودون لشخص أو سلفه (كأب ، وأم ، وجد صحيح ، وجد كاذب) يكوِّنون سلالة السلف وما تناسل منهم (كالأولاد وأولاد الأولاد وأولاد أولاد الأولاد) يكوِّنون سلالة الخلف وسلالة الأشخاص المتفرعينْ عن موجد واحد يكوِّنون القرابة الفرعية ، ودرجة القرابة هي المسافة الموجودة بين قريبين وتعد درجة بكل بطن [1] .

بند [74] القانون الروماني

العائلة الرومانية ترتكز على سلطة رئيس العائلة ، وسلطان الرئيس هو أساس العائلة والقرابة لا الزواج ، فتحت سلطة هذا الرئيس تظهر العائلة الرومانية بمظهر جماعة منظمة تعيش عيشة خاصة ، فالقرابة لا تعتمد علاقات الدم ، ولكنها تعتمد على تحقيق السلطة ، فالقرابة تكون بين كل من تجمعهم سلطة واحدة لشخص واحد ، فإن وجدت علاقة الدم فقط دون الاجتماع تحت سلطة واحدة كانت قرابة طبيعية بدون رئيس قانوني ، فالقرابة دائمًا تكون من جهة الذكور ، فالولد قريب أبيه وإخوته دون أمه إلا إذا كانت الأم داخلة تحت سلطة زوجها في الزواج [2] .

---

(1) انظر : البنود من 144 – 164 ، الباب الأول من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 ، 39 ، 40 ، 41 ، 42 .

(2) القرابات في القانون الروماني على أنواع ، منها القرابة الصاعدة ومنها القرابة النازلة وفيها القرابة النطاقية =

بند [75] التشريع الإسلامي

العائلة جملة أشخاص تجمعهم قرابة ، والقرابة هي رباط الدم الموجود بين أشخاص لتفرعهم عن أصل واحد كالولاد وأولادهم إلخ أو لانتسابهم إلى من لهم عليه ولادة كالأب والجد إلخ أو لاجتماعهم في أصل واحد ولو بَعُد كالإخوة والأخوات أو الأعمام ، وهذه هي القرابة العصبية فلا تكون قرابة إلا في العائلة ، وهي التي تُرَاد عند الإطلاق . وأما قرابة النسب أو الرضاع فهي قرابة سببية كالأخ من الرضاع أو الجد والجدة لأم [1] .

والأقارب أصول وفروع وحواش . فالأصول ما كان لها على الشخص ولادة كأب وجد وجد الجد وإن علا . والفروع ما كان للشخص عليها ولادة كالأولاد وأولاد الأولاد وأولاد أولاد الأولاد وإن سفلوا . والحواشي ما جمعهم أصل واحد كإخوة أو أعمام وإن علوا . ودرجة القرابة هي المسافة الموجودة بين قريبين [2] .

بند [76] الزواج

القانون الفرنسي : الزواج هو اجتماع قانوني من شخصين من جنس مختلف متوج بعقد علني لا يمكن للطرفين حله باختيارهما ، ويختلف الزواج عن المعاشرة غير الشرعية أو المعاشرة الحرة بما يأتي :

أولًا – الزواج يكون في حفل علني أمام مسجل العقود المدنية المختص .

= الجانبية التي يطلق عليها أيضًا اسم قرابة الحواشي . فأما الصاعدة فهي قرابة الأصول ، وأما النازلة فهي قرابة الفروع ، وأما الجانبية فهي قرابة الإخوة والأخوات وفروعهم والعم والعمة والخال والخالة . والقرابتان الصاعدة والنازلة تبدآن بالدرجة الأولى ، وأما قرابة الحواشي فلا يكون إلا ابتداء من الثانية .

انظر الباب السادس من الكتاب الثالث . (في درجات القرابة) . من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، ص 183 – 186 .

(1) تناولت المادتان 43 ، 44 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة تعريف أسرة الشخص والقرابة المباشرة وقرابة الحواشي بما لا يخرج عما هو مقرر في الفقه الإسلامي . وهو ما جاء في المادتين 34 ، 35 من القانون المدني المصري ..

وتختلف القرابة عن علاقة الزوجية ، فإن الزوجة ليست من ذوي القربى إذ إن أساس صلتها بالزوج رابطة الزوجية لا رابطة القرابة ، إذ قد لا يجمعهما أصل مشترك فلا يعتبران من ذوي القربى . انظر : المذكرة الإيضاحية ص 12 .

(2) يتفق ذلك مع تعريف قرابة الحواشي في المادة 45 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . انظر : المذكرة الإيضاحية ص 12 .

ثانيًا – ينشأ عن الزواج واجبات متقابلة على الزوجين مقررة قانونًا .

ثالثًا – يرتب بين الرجل والمرأة جمعية تدوم عادة مدة الحياة ، ولا يمكنهما حلها باختيارهما [1] .

بند [77] القانون الروماني

الزواج في القانون الروماني على ثلاثة أشكال وصفات .

أولًا – الزواج : كان اجتماعا شرعيًا بين رجل وامرأة يكونان شركة في المال والدين مدة الدهر ، وبمجرد الزواج تخرج المرأة من سلطة رئيس عائلتها لتدخل تحت سلطة رب عائلة الزوج فتأخذ مكان بنت العائلة ، وكانت الزوجة تدخل تحت السلطان في بيت الزوج بلا قيد ولا شرط ، يعني أن طبيعة عقد الزواج خضوع المرأة للزوج أو لرب العائلة .

ثانيًا – كان بدخول المرأة تحت السلطان من غير دخولها تحت سلطة الزوج فتبقى سلطة رئيس عائلتها سارية عليها كأنها لم تتزوج ، ومميزات هذا الزواج أن الزوجة لا تدخل في عائلة الزوج بل تبقى كما كانت بنتًا ، ولا يُعْلَن هذا الزواج ، ولا شروط له ، وإرادة الزوجين كافية في انعقاده ، وينحل هذا الزواج بالطلاق من الزوج أو الزوجة أو منهما بالتراضي ، ولا تدخل السلطة العامة في هذا الزواج بمعنى أن للزوجين الحرية المطلقة في المعاشرة أو الطلاق كالمعاشرة الحرة بدون زواج (كما في هذه الأيام) .

ثالثًا – اختفاء دخول المرأة تحت السلطان ، وبقي الزواج كجمعية حرة . ويتكون الزواج الشرعي كما يأتي :

أولًا – الزواج مع سلطان الزوج على الزوجة له ثلاثة أشكال :

1 – وكان خاصًا بأشراف الرومان ، يُؤْتَى بعيش من القمح يقدم إلى الرئيس الديني بحضور عشرة شهود والحَبْرْ الكبير ورجال الدين ، ويتم العقد بالنطق بجمل مقدسة .

---

(1) انظر : البنود من 144 إلى 164 ، الباب الأول ، من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 ، 39 ، 40 ، 41 ، 42 .

2 – كان عامًّا ، ويعتبر بيعًا ، ويتم بحضور الزوجين وخمسة شهود وميزان ، ويُنْطَق بجمل مقدسة كالأول وبه يتم الزواج .

3 – كانت تعاشر المرأة الرجل لمدة سنة فيتم الزواج بذلك .

ثانيًا – الزواج بدون سلطة الزوج على الزوجة ، وهذا الزواج ليس له شكل قانوني خاص [1] .

بند [78] التشريع الإسلامي

الزواج عقد شرعي بين ذكر وأنثى يحل به التمتع لغير مُحْرِم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة [2] .

وهو للدوام عادة ، ويمكن للطرفين حله باختيارهما أو باختيار صاحب الحق في الفسخ ، وتترتب عليه آثاره الشرعية في الحقوق المقررة شرعًا .

فالمعاشرة الحرة بلا إيجاب ولا قبول سفاح ، وما ترتب عليها هدر ، ولا تلزم أحد الطرفين نحو الآخر بشيء إطلاقًا ، بل وأوجب الشرع التفرقة بينهما بالقوة حرصًا على العائلة والعقد الشرعي وما يترتب على ذلك من تحريم وميراث إلخ ؛ لأن الشارع يعتبر هذا تقويضًا للنظم الاجتماعية وهدما للكيان البشري الذي نظم حياته بقوانين عامة يجب أن يخضع لها الفرد لمصلحة المجموع ، وينتج عن الزواج الشرعي ما يأتي :

---

(1) النكاح الصحيح في القانون الروماني هو ما يعقده الرومانيون الراغبون في الاتحاد وفقًا لأحكام القوانين . ويشترط لصحته أن يكون الرجال قد بلغوا الحُلُم والنساء قد بلغن حد إطاقة الرجال . ولا فرق في ذلك بين آباء العائلات وبين أبناء العائلات ؛ ما عدا أن زواج أبناء العائلات يشترط فيه رضاء أصولهم الذين هم في ولايتهم ، إذ إن رضاء الوالدين مقدمًا ، هو من الأمور الموافقة كل الموافقة لمقاصد القانون المدني وللعقل الفطري معا . ولقد حصل التساؤل عن ابن المجنون أو بنته هل لأيهما أن يتزوج ؟ ولاختلاف الآراء فيما يتعلق بالابن فقد رئيت الموافقة على الإذن بالتصريح له على مثال ابنه المجنون بالتزويج بغير وساطة أبيه مع مراعاة الأحكام الأخرى المنصوص عليها . انظر الباب العاشر ، من الكتاب الأول ، (في النكاح الصحيح) من مدونة جوستنيان ، في الفقه الروماني ، ص 20 – 21 .

(2) جاء في مواهب الجليل 403/3 : قال ابن عرفة النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقده حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر .

أولًا – يجب أن يكون الزواج علنا مشهورا ، ويُكْتَفَى في ذلك بشهادة شاهدي العقد . وأما تسجيله في سجل المأذون (مسجل العقود) فهي ضرورة اقتضتها نظم الحياة ، فلا يَبْطُل العقد بالزواج إذا لم يُسَجَّل في سجل ، وإن كانت الدعوى لا تُسْمَع شرعًا بدون سند رسمي في الزوجية أو الميراث ؛ لأن هذا من قبيل تخصيص القضاء .

ثانيًا – ينشأ عن الزواج واجبات متقابلة على الزوجين مقررة شرعًا من طاعة ونفقة وحفظ وأمانة .

ثالثًا – يرتب الزواج بين الرجل والمرأة حق المعاشرة لتدوم عادة مدة الحياة ، ولهما حلها بالاتفاق أو لأحدهما متى كان له ذلك شرعًا ، وأما الزواج المؤقت بوقت محدد كزواج محلل المطلقة ثلاثًا ليحلها لزوجها فهو باطل ؛ إذ يجب أن يكون مفهومًا بين الطرفين أن الزواج شُرِع لدوام العشرة وتأسيس العائلة .

رابعًا – ينعقد الزواج بصيغة ورضا (زوجتك نفسي ، ويقول الآخر : قبلت) أمام شاهدين بدون ذكر صداق أصلا فتترتب عليه آثاره الشرعية [1] .

بند [79] القانون الفرنسي

أغراض الزواج : للزواج مقاصد :

أولا – بهذه الجمعية من رجل وامرأة (الزواج) تتأسس العائلة ، ويوجد أولاد يربون مشتركا .

ثانيًا – يراد بهذا الزواج تكوين جمعية من شخصين وأملاك حتى يمكن وضع أفكارهما الخاصة وفرحهما وحزنهما سوية .

---

(1) جاء في الشرح الكبير 220/2 : أن أركان النكاح أربعة : الأول ولي ، والثاني صداق ، والثالث محل (زوج وزوجة) معلومان خاليان من الموانع الشرعية كالإحرام ، والرابع صيغة . وجاء في مواهب الجليل للحطاب 419/3 ، 420 (وركنه ولي وصداق ومحل وصيغة) وقال الشارح جعل ابن محرز الولي والشهود والصداق شروطًا وهو أقرب مما هنا ... (قلت) أما الولي والزوجة والزوج والصيغة فلا بد منها ولا يكون نكاح شرعي إلا بها ، لكن الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان والولي والصيغة شرطان ، وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما .

وكان الزواج قبل سنة 1791 م دينيًا فقط ، ومعتبرًا أمام الكنيسة ومن أعمالها الخاصة ، ثم رُتِّبَت أحوال الشخص المدنية ونُصَّ فيها على اعتبار عقد الزواج عقدًا مدنيًا ، وللزوجين الحق في عقده دينيًا حسب طقوس دينهما بعد عقده مدنيًا [1] .

بند [80] التشريع الإسلامي

للزواج أغراض ومقاصد .

أولًا – بقاء النوع البشري من نكاح صحيح ، إذ باجتماع الزوجين تتأسس العائلة ، ويوجد التناسل فيقومان بتربيته ، كلٌّ فيما يخصه .

ثانيًا – بهذا الزواج يكون الزوجان محصَنَيْنْ فيعف كل منهما الآخر عن العبث بما متع اللّه به أزواجًا مثلهما ؛ فتصان نتائج العقود الشرعية من أولاد شرعيين ويُقْضَى على الفوضى في السفاح كالبهائم .

وأما فكرة تكوين جمعية من شخصين وأملاك حتى يمكن اتحادهما في الحزن والفرح فهو مخالف للطبيعة البشرية التي تقضي بإعطاء الحرية الشخصية متقيدة بما يقتضيه العقد المبرم بين الزوجين ، وهو أن عقد الزواج يجعل للزوج والزوجة حق التمتع والمعاشرة في نظر القانون وفي نظر جمهرة الناس ، فلكل منهما التصرف في أملاكه بلا إذن من الآخر .

بند [81] القانون الفرنسي

الخطوبة التي تسبق الزواج لا قيمة لها ، ولا تربط أحدا من الطرفين ، فلهما سحب وعدهما والبحث عن عروس آخر بمطلق الحرية مادام عقد الزواج لم يتم ، ومع ذلك فإذا كان فسخ الخطوبة لغير سبب حقيقي يدعو لذلك فللطرف الآخر طلب تعويض مالي وأدبي عما سببه له هذا التصرف [2] .

---

(1) انظر : البنود من 44 إلى 164 ، الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 ، 39 ، 40 ، 41 ، 42 .

(2) انظر : البنود من 44 إلى 164 ، الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 ، 39 ، 40 ، 41 ، 42 .

بند [82] التشريع الإسلامي

لا يتقيد أحد الطرفين بخطوبته ولا بقراءة الفاتحة ، فلكل من الخاطبين حق التصرف بكامل الحرية حتى يتم العقد ، فله العدول عن الزواج وله الإقدام (وحتى بعد الزواج) على حل العصمة متى كان يملك ذلك .

أما إذا كان فسخ الخطوبة لغير سبب حقيقي يدعو لذلك فلا تعويض للطرف الآخر ؛ لأن الشريعة الإسلامية تُحَرِّم الاختلاط الذي يفعله أهالي أوربا بل والنصارى واليهود فإنهم في عرفهم يرون المعاشرة قبل الزواج حتى يتعرف كل منهما أخلاق الآخر ، وربما امتدت الخلطة سنة فأكثر أمام الجميع وعلى مرأى ومسمع من الكافة فيكون قطع العلاقة وفسخ الخطوبة بعد هذه الحال موجبًا للقيل والقال وملحقًا لانتقاصه أدبيًّا فكان من العدل التعويض لذلك .

والذي أباحه التشريع الإسلامي في الخطبة هو رؤية الوجه والكفين فقط بدون خلوة أحدهما بالآخر ولا معاشرته حتى يجب أن تكون الرؤية بحضور محْرَم من أهلها معها ، وبذلك إذا فسخت الخطوبة لا يلحق الطرف الآخر ضرر من ذلك . على أن للزوج حل العصمة بعد الزواج ، بل وللزوجة حل العصمة هي من نفسها إذا اشترطتها لها في العقد .

وإن المخازي والمفاسد التي تنتج عن المعاشرة والاختلاط لا تدخل تحت حصر ، فكم فتاة صدقت وعود شاب غرٍّ مفتون فأضاعت شرفها ثم تركها [1] ، وكم من فتاة سُلِبَت أموالها تحت ستار الخطوبة فكان المشرع الإسلامي حكيمًا في وضع ميزان عدم الاختلاط بين الذكر والأنثى إلا بوجه شرعي تام . وقد شاع وذاع مذهب الاختلاط حتى عمت البلوى ، وكثر الفساد ، وتشَبَّه الناس بالإفرنج ، وتركوا أمر دينهم فوقعت الطامة الكبرى ، ولا حول ولا قوة إلا باللّه

---

(1) الخطبة في الفقه الإسلامي مجرد وعد بإنشاء الزواج في المستقبل ، وهي ليست عقدا ، فلا يترتب عليها أي حكم من أحكام الزواج كحل العشرة أو ثبوت النسب أو التوارث أو غير ذلك . لذا فإن لكلا الطرفين الحق في فسخ الخطبة والرجوع عن وعده ، دون أي جزاء يقع عليه ، ويستحق الخاطب استرداد ما عجل به من المهر ، كما أن له أن يسترد الهدايا التي دفعها للمخطوبة على خلاف بين الفقهاء في ذلك .

العلي العظيم [1] .

بند [83] تكوين الزواج

القانون الفرنسي : تكوين الزواج يفرض وجود نوعين من الشروط :

شروط موضوعية ، وشروط شكلية . وتخلُّف شرط منهما يستوجب تارة المعارضة في الزواج وتارة إلغاءه إذا أُعْلِن ، وتكوين الزواج متصل اتصالًا وثيقًا بدليل الزواج (أي ما يكون دليلًا على إثبات الزواج) [2] .

بند [84] التشريع الإسلامي

تكوين الزواج يفرض وجود نوعين من الشروط :

شروط وجود وهي أركانه ، وشروط صحة ، وتخلُّف ركن يستوجب عدم وجود الزواج ، وتخلف شرط صحة يجعله قابلًا للإلغاء ، وتكوين الزواج الصحيح ينشأ عنه دليل صحيح ، فالعلاقة وثيقة بين تكوين الزواج وما يدل عليه ويثبته [3] .

بند [85] الشروط المطلوبة لإمكان عقد الزواج

القانون الفرنسي : يجب لعقد الزواج وجود الشروط الآتية مجتمعة .

1 - اختلاف الجنس (ذكرًا وأنثى) . 2 - رضاء مريدي الزواج .

3 - السن المطلوبة قانونًا . 4 - رضاء من لهم حق الإذن بالزواج .

---

(1) يعنى المؤلف ما كان بدأ في عصره من اختلاط مفهوم الخطبة التي هى مجرد وعد بإنشاء العقد في المستقبل وبين عقد الزواج نفسه ، ويرد هذه المآسى التي صادفتها فتيات كثيرات في عصره إلى الخلط بين مفهومي الخطبة والعقد ، على حين أن الفقه يميز بينهما في أن الخطبة ليست ملزمة ولا تترتب عليها نتائج عقد الزواج ، وهي بهذا تختلف اختلافا كبيرا عن عقد الزواج على النحو الذي أوضحه الفقهاء المسلمون .

(2) انظر : البنود من 144 إلى 164 ، الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 ، 39 ، 40 ، 41 ، 42 .

(3) جاء في حاشية الدسوقي 220/2 (قوله وركنه) راجع للنكاح بمعنى العقد ومرادهم بالركن ما تتوقف عليه حقيقة الشيء فيشمل الزوج والزوجة والولي والصيغة (قوله إن الصداق كذلك) إذا لا يشترط ذكره عند عقد النكاح لجواز التفويض (قوله جعلها) أي الصداق والشهود إلا أن يقال جعل الشهود شرطًا والصداق ركنًا مجرد اصطلاح لهم .

5 - عدم وجود زواج سابق لم يحل .

6 - عدم وجود علاقة قرابة أو مصاهرة .

7 - مراعاة بعض قواعد خاصة [1] .

بند [86] التشريع الإسلامي

لإمكان عقد الزواج الشرعي يجب وجود الشروط الآتية :

1 - اختلاف الجنس　　2 - رضاء طرفي العقد .

3 - عدم وجود زواج سابق للزوجة لم يُحَلّ أو عدة من زواج لم تنقض .

4 - عدم وجود علاقة قرابة أو مصاهرة تحرم الزواج .

وسنتكلم عن كل شرط بما يقابله في الشريعة الإسلامية عند التعرض لشرحه [2] .

بند [87] القانون الفرنسي

أولًا : اختلاف الجنس : هذا شرط أساسي لانعقاد الزواج فإن انعدم لم ينعقد زواج ، وكذلك لو فقد أحد الزوجين ما به يكون رجلًا أو أنثى جاز للآخر طلب فسخ الزواج [3] .

---

(1) انظر : البنود من 44 إلى 164 ، الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 138 ، 139 ، 140 ، 141 ، 142 .

(2) جاء في الشرح الكبير 220/2 : تأكيد عدم اعتبار الشهود من الأركان ؛ لأن ماهية العقد لا تتوقف عليه ... وانعقد بقول الزوج للولي (زوجني) أو أنكحني ابنتك فيقول الولي زوجتك إياها وحرم على الشخص أصوله وهو كل من له عليه ولادة وإن علا وفصوله وإن سفلوا ... كما أي زوجة الأصول الذكور على الفروع الذكور وزوجة الفروع الذكور على الأصول وكذا يحرم زوج الأصول ، الإناث على الفروع الإناث وزوج الفروع الإناث على الأصول الإناث ، وحرم على الشخص فصول أول أصوله وهم الأخوة والأخوات وذريتهم وإن سفلوا وحرم عليه أول فصلٍ من كل أصل بخلاف ذريته كبنت العمة وبنت الخالة فحلال ، وحرم بالعقد وإن لم يتلذذ أصول زوجته وهن أمهاتها وإن علون ... وحرم بتلذذه بزوجته كل من لها عليهن ولادة مباشرة أو بواسطة ذكرًا أو أنثى . الشرح الكبير 250/2 ، 251 ، وحرم صريح خطبةِ امرأة معتدة من غيره بموت أو طلاق . الشرح الكبير 217/2 .

(3) انظر : البند 180 ، الباب الرابع من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 45 .

بند [88] التشريع الإسلامي

لا ينعقد الزواج إلا بين ذكر وأنثى ، فلو عقد ذكر أو أنثى على جنسه لا ينعقد الزواج ولا توجد حقيقته ، (ذكر مع ذكر أو أنثى مع أنثى) ، وبما أن الزواج شُرِع للإعفاف والإحصان أي ليعف كل من الزوجين الآخر ، والإعفاف لا يكون إلا بسلامة عضوه وإمكان استعماله فيما خلق له فلو تبين أن أحد الزوجين وجد خنثى له ذكر وفرج لم يصح الزواج ؛ لأن الشرط أن تكون الذكورة محققة ، فلو طرأ بعد الزواج ما أفقد الرجل معنى الذكورة ، أو أفقد المرأة معنى الأنوثة ، أو صار معنى الزواج غير محقق جاز للزوج الآخر المتضرر طلب فسخ النكاح ويجاب لذلك [1] .

بل التشريع الإسلامي ذهب بعيدًا جدًّا في إحاطة الزواج بالهناء ، والسعادة ، ودوام المسرة ، وحسن العشرة ، وعدم الإكراه على المقام مع وجود منفر مادي أو معنوي ، فأباح للزوج طلب الفسخ إذا تبين أن الزوجة بعد الزواج مجنونة ، أو بها جذام أو برص ، أو يخرج منها غائط وقت الجماع ، أو كانت رتقاء (بها ما يمنع الوطء) ، أو كان بها إفضاء (خرق مجرى البول على مسلك الغائط) ، أو كانت بخراء في فمها ، أو بفرجها رائحة كريهة [2] .

كما أباح للزوجة طلب الفسخ إذا وجد أو حدث لزوجها جَبٌّ وهو قطع الذكر والأنثيين ، أو إخصاء وهو قطع الأنثيين ، أو عُنَّة لصغر الذكر إلى حد لا يمكنه به الوقاع ، أو حصل له اعتراض أي ارتخاء يمنعه من الوقاع [3] .

---

(1) العيوب التي يرد بها في الزواج بشرط وغير شرط على المشهور في المذهب المالكي : الجذام ، والبرص ، وداء الفرج والجنون ... والخصاء وهو المقطوع الخصيتين دون الذكر أو العكس . والأقرب أنها لا خيار لها إن كان خنثى محكومًا له بالرجولية انتهى . ونقله في التوضيح عن الشيخ عبد الحميد واحترز بقوله محكومًا له بالرجولة ممن حكم له بالأنوثة فلا نكاح له ومن الخنثى المشكل فإنه لا يصح نكاحه . مواهب الجليل 483/3 ، 484 ، 485 .

(2) يثبت الخيار المذكور لأحد الزوجين ببرص وهو مرض يلحق الإنسان وهو البياض ، وظاهر كلامه أنه يرد به سواء كان قليلًا أو كثيرًا كان في الرجل أو المرأة ... وعذيطة وهو : حصول الحدث من أحد الزوجين عند الجماع ... وكذا الإفضاء الذي فسره ابن الحاجب وابن عرفة في الديات باختلاط مسلكي البول والوطء ، وفسره البساطي هنا باختلاط مسلكي البول والدبر ..... وبالجنون سواء قبل الدخول وبعده مواهب الجليل 484/3 ، 485 ، 486 ، وانظر أيضا الخرشي 237/3 .

(3) توسع المالكية في العيوب المثبتة لحق الزوجة في الرجوع إلى القاضي لفسخ الزواج ، فشملت عندهم =

هذه تشريعات لم يصل إليها بعد التشريع الحديث ففيها معنى المحافظة على الحرية ، والصحة ، ومجابهة الحقائق الطبيعة ، والغريزة البشرية التي تتطلب نظامًا وتبصرا بدون غمط للشرف ولا إغضاء عن حق الزوج أو حق الزوجة .

بند [89] القانون الفرنسي

ثانيًا – رضاء مريدي الزواج : لا يوجد الزواج ما لم يوجد الاختيار والقبول ، ويجب التفرقة بين عدم الرضا مطلقًا وبين الرضا المشوب بنقص أو عيب ، ففي حالتي جنون أحد الزوجين أو سكره الفاقد معه التمييز تنعدم الإرادة فلا ينعقد الزواج ، وفي حالة الغش أو الإكراه تكون الإرادة ناقصة ويصح طلب الإلغاء (1) .

بند [90] القانون الروماني

إرادة الزوجين : يجب رضاء رب العائلة وقبوله زواج من تحت إمرته وسلطته في أي سن كان ، ولا تستشار الأم مطلقًا ، وفي زواج أولاد الابن لابد من رضاء جدهم إذا كان رئيس العائلة دون أبيهم ؛ لأن أباهم لا شخصية له مع وجود أبيه ، ثم أُبيح للولد أن يتزوج بإذن القاضي إذا تعسف رئيس العائلة ولم يسمح بالزوج ظلمًا (2) .

بند [91] التشريع الإسلامي

رضاء مريدي الزواج يعني طرفي العقد ومن تم التعاقد بينهما ، فلا يوجد زواج شرعًا إذا انعدم الاختيار والقبول كمجنون أو صبي غير مميز توليا أو أحدهما عقد الزواج فلا ينعقد ولا يوجد (3) .

= العيوب الجنسية التي ذكروا منها الخصاء ، وهو قطع الذكر أو الأنثيين ... ومنها الجب وهو قطع الذكره ... ومنها العنة بضم العين ، والعنين لغة هو الذي لا يشتهي النساء ، ويقال : امرأة عنينة أي لا تشتهي الرجال ، ومنها الاعتراض وهو الذي له آلة كآلة الرجال لا ينتشر . الخرشي 236/3 ، 237 .

(1) انظر : البند 146 ، الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 .

(2) انظر : الباب العاشر من الكتاب الأول في النكاح الصحيح من مدونة جو ستنيان في الفقه الروماني ص 20، 24 .

(3) جاء في الشرح الكبير 241/2 : لولي زوجٍ صغيرٍ عقد لنفسه بغير إذن وليه فسخ عقده وإجازته ، أي أن الشارع =

وأما الخاطب والمخطوبة للزواج ففي رضاهما تفصيل ، وفي جواز توليهما عقد الزواج بأنفسهما تفصيل أيضًا وخلاف بين الأئمة كالآتي :

أولًا – الصغير والصغيرة عن درجة البلوغ ، والعبد ، والأمة ، والمجنونة يجبرهم أب وجد وسيد على الزواج بلا إذنهم إطلاقًا لافتراض الشفقة ونظر المصلحة إلا إذا ثبت نظرهم لغير المصلحة ، أو كان عدوا ، أو مشهورًا بالفسق والمجون ، وثبت ذلك فلا جبر .

ثانيًا – البكر البالغ الرشيد يجب عند أبي حنيفة وأحمد ، ويسن استئذانها عند مالك والشافعي ، ويجب أن ينوب عنها وليها في عقد زواجها أو وكيل عند عدم الولي عند مالك والشافعي وأحمد ، فلا يملك الأب أو الجد تزويج البكر البالغة بغير رضاها عند من يوجب الاستئذان ، واشترط الأئمة الثلاثة وجود الولي في عقد الزواج أو الوكيل بالنسبة للزوجة ؛ لأنه لا يليق بمحاسن العادات وما يجب أن يكون من الحياء عند المرأة أن تجلس وسط جمع من الرجال فتقبل الزواج وتزوج نفسها ، وإذنها سكوتها أو ما يدل عليه .

وقد أباح أبو حنيفة أن تزويج البكر البالغة العاقلة الرشيدة نفسها وكذا الثيب البالغ العاقلة الرشيدة فنكاحهما صحيح ، وعقدهما ماض عنده .

ثالثًا – الثيب البالغ العاقلة الرشيدة يجب استئذانها ورضاها عند الجميع ، ويجب أن يكون لها ولي أو وكيل عند عدم الولي يتولى عقد زواجها عند مالك وأحمد والشافعي ، وإلا لا يصح زواجها ، وقد أجاز أبو حنيفة أن تتولى عقد زواجها بنفسها .

= جعل له ذلك لينظر له في الأصلح فإن استوت المصلحة خُيِّر . وجاء في حاشية الدسوقي 241/2 الإيجاب من ولي المرأة والقبول من الزوج أو من وليه 216/2 : 427/3 أنه : جاء في مواهب الجليل 427/30 أنه ، لا يزوج غير الأب من الأولياء إلا بإذن المرأة ، ومن لا إذن لها كالمجنونة والسفيه لا يزوجها إلا من له ولاية الإجبار والحاكم . والبلوغ المعتبر في الإذن بلوغ المحيض . قال ابن حبيب : أو بلوغ ثمان عشرة سنة . وجاء في المدونة 157/2 : (قلت) أرأيت الصبي إذا تزوج بغير إذن الأب فأجاز الأب نكاحه أيجوز ذلك في قول مالك أم لا ؟ (قال) لم أسمع ذلك من مالك ، وأرى ذلك جائزًا ، وهو عندي كبيعه وشرائه إذا أجاز ذلك له من يليه على وجه النظر له والرغبة فيما يرى له في ذلك ... فكذلك الصبي هو لا يعقد نكاح أحد ، وهو إذا عقد نكاح نفسه فأجازه الولي على وجه النظر له والإصابة والرغبة جاز .

بند [92] القانون الفرنسي

ثالثًا – السن المطلوبة قانونًا ، الرجل قبل 18 سنة كاملة والمرأة قبل 15 سنة كاملة لا يمكنهما عقد الزواج ؛ لأن الزواج المبكر ينتج عنه أطفال ضعفاء البنية وصحتهم ليست منيعة ، ولأن الزوجين الصغيرين لا يفهمان واجبات الزوجية المترتبة على الزواج ، ويمكن عقد هذا الزواج قبل هذا السن بإجازة خاصة من رئيس الجمهورية لأسباب يقدرها هو وفي الغالب من الحمل المبكر من الأنثى قبل الزواج [1] .

بند [93] القانون الروماني

كان من شروط الزواج بلوغ الزوجين ، تبلغ الأنثى 12 سنة ، ويبلغ الذكر 14 سنة [2] .

بند [94] التشريع الإسلامي

يجوز عقد زواج الصغير والصغيرة من أب ووصيه ، ويصح الزواج إجماعًا ، وتترتب عليه آثاره ، لكن منع ولي الأمر إجراءه أمام مسجل العقود بمنع المأذون من إثباته في سجلاته ، ورتب على ذلك أن القاضي لا يسمع دعوى الزوجية إذا كان سن الزوجين أقل من 16 ست عشرة سنة للأنثى و 18 عامًا للذكر ، فتقييد مسجل العقود بهذا القانون ومَنْع القضاة من سماع دعوى الزوجية إذا كان سن الزوجين أقل مما حُدِّد قانونًا لا يبطل نفس العقد ؛ لأن العقد وقع من ولي الصغير والصغيرة مثلًا صحيحًا ، فلو نتج عن هذا الزواج ثمرة كمن زوجهما وليهما صغيرين ، ثم بلغا وولد لهما أولاد فلا يمكن للقاضي أن يمتنع عن نظر إثبات بنوتهم من والديهم إذا تنازعوا ؛ فيثبت النسب ؛ وتحرم أم الزوجة وبنتها وأختها إلخ المحرمات على الزوجين ، ويُقْضَى شرعًا على من تزوج صغيرًا ممثلًا في وليه ، ثم تزوج كبيرًا بأخت زوجته الأولى بأن زواجه هذا باطل ويفرق بينهما [3] .

---

(1) انظر : بند 144 وبند 145 من الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 .

(2) انظر : بند 148 من الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 .

(3) جاء في حاشية الدسوقي 293/3 : قال ابن المواز : وإذا لم يرد الولي نكاح الصبي والحال أن المصلحة في رده حتى كبر وخرج من الولاية جاز النكاح وينبغي أن ينتقل النظر إليه فيمضي أو يرد اهـ .

حقيقةً ، إن الزواج المبكر مضر بالأنثى طبيا كما يقولون يعني قبل البلوغ في التكاليف بالعبادة وهو 15 سنة أو 18 سنة أو رؤية الحيض في الأنثى أو الإنزال في الذكر ، ولكن بعد هذا البلوغ لا معنى لهذا المنع الذي قلد فيه واضع قانون التشريع الفرنسي ولم يراع فيه عوائد البلاد ولا تقاليدها في التشريع ولا طبيعة البلاد الحارة التي تثير الغرائز الخلقية في سن مبكرة كمصر ، فكان الواجب يقضي بتحديد السن بـ 15 سنة في النوعين ؛ لأن عوائد البلاد إسلامية لا تحتمل أن يُتْرَك الولد ليمُضي سن الشباب قبل الزواج ، فمن 15 سنة إلى 18 سنة ثلاث سنين يمضيها في طيش الشباب فيبحث عن مصرف طبيعي لا قبل له باحتمال ما تدعو إليه ، وفي ذلك إخلال بنظم الهيئة الاجتماعية سرًّا وعلنًا ، وخصوصًا في أرياف مصر إذ تدعو ضرورة الفَلاَّح إلى تزويج ولده في سن مبكرة لتساعده الزوجة في تحصيل الرزق أو تعقب له أولادًا يحملون عنه عبء الحياة متى تقدم به السن ، ففي حالة تحديد السن هذه حرج وأي حرج بل وفيه تحريض لا يحتمل .

وأما اشتراط هذا السن في أوربا فيبرره جوها البارد ، وعدم المبالاة هناك بالاختلاط ، وما ينشأ عن ذلك من مفاسد وإباحية خصوصًا بين العمال ، فلا اعتراض ولا نكير على اتخاذ خليلة أو صديقة ، فقد جرى عرفهم على ذلك حتى أخذ المشرعون يضعون أحكامًا لأولاد الزنا في الميراث كما سيأتي بيانه أو ما يسمونه بالزواج الحر ، وهو أن يتفق ذكر وأنثى على المعيشة معًا أمام أعين الناس بلا عقد بقصد المعاشرة الزوجية . وقد يعقبان أطفالاً ويتتاركان كما يحلو لهما ، وهذا خطر كبير على النظم الاجتماعية ، فما كان يصح تشريعه في مصر أو في الهند مثلًا لا يصح تشريعه في أورباوالعكس ، فكل بلد له عوائده وتقاليده وهي مبنى التشريع في جميع بلاد العالم لم يختلف في ذلك اثنان ، لكن بلدًا كمصر غُلِبَت على أمرها في فرض التشريع الفرنسي عليها يجب أن يتحمل تشريع غيره قهرًا وقسرًا ، غير أن هذا لا يدوم طويلًا ، وسيأتي الوقت للمحكومين فيطلبون الحكم بشريعتهم لا يبغون بها بديلا وليس ذلك ببعيد [1] .

---

(1) هذه وجهة نظر المؤلف التي تختلف إلى حد كبير مع اتجاه التشريع في أكثر البلاد الإسلامية التي اتجهت إلى تقييد زواج الصغار بأساليب تتراوح بين فرض العقاب على المخالفة (القانون الباكستاني ، مرسوم 1961) . =

بند [95] القانون الفرنسي

رابعًا – رضاء الأقارب ، الرجل والمرأة لا يمكنهما عقد زواجهما بدون رضاء أقاربهما حتى [1] يبلغا سن 21 سنة (إحدى وعشرين سنة) ، ويمكن اعتبار السن وما يجب فيه كالآتي :

أولًا – إلى 21 سنة إحدى وعشرين سنة كاملة يجب الحصول على رضاء الأقارب ولا مندوحة [2] عنه .

ثانيًا – من 21 سنة إلى ثلاثين سنة كاملة رضاء الأب والأم شرط لازم ، ولكن قد يستغنى عنه بإعلانهما بمشروع الزواج .

ثالثًا – من ثلاثين سنة فما فوق يستغنى عن رضاء الأقارب نهائيًا [3] .

بند [96] التشريع الإسلامي

رضاء الأقارب : الأب يجبر البكر الكبيرة غير المرشدة ولو عانسًا (أي مسنة وهي بالغ) ، والثيب الكبيرة البالغة إذا ثيبت قبل البلوغ وتأيمت قبله ، ثم بلغت قبل النكاح فيجبرها بعد البلوغ وكذا يجبر الثيب البالغة إذا ثيبت بعارض أو بغصب ولو ولدت منه ، ففي هذه الصور لا يصح زواجها بغير إذن وليها المجبر [4] ، والبالغ السفيه والصغير المميز الذي دون سن البلوغ إذا تزوجا بغير إذن وليهما فنكاحهما صحيح موقوف على إجازة الولي تبعًا للمصلحة [5] .

= وبين المنع من سماع دعوى الزوجية ، كما هو الحال فيما أخذت به مصر . ويتراوح التقييد في السن بين خمس عشرة سنة وثمان عشرة . وقد اتجه التشريع في البلاد الإسلامية هذا الاتجاه لتحقيق مصالح الصغار الصحية والنفسية ، وخاصة في هذا العصر الذي تعقدت فيه شئون الحياة ، وأصبح تحمل أعباء الزواج وواجباته أمرا يحتاج إلى وعي ورشد . والأمر ليس كما تصور المؤلف الذي بنى موقفه بالنظر إلى الإشباع الجنسي .

(1) في الأصل حق والصحيح ما أثبتناه .　　　(2) مندوحة : مفر ، يعني لا مفر .

(3) انظر بند 148 ، من الباب الأول ، من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنسي ، الجزء الأول ص 38 ، 39 .

(4) جاء في الشرح الكبير 222/2 وما بعدها أن للولي جبر البكر ولو عانسًا بلغت ستين سنة أو أكثر إلا لذي عاهة ... وجبر الثيب ولو بنكاح صحيح إن صُغرت أو كبرت بأن بلغت وثيبت بعارض كوثبة أو ضربة (أو بحرام) زنا أو غصب ولو ولدت منه ، ويقدم الأب في الولاية على الابن .

(5) جاء في حاشية الدسوقي 241/2 أن للولي فسخ نكاح الصغير بطلاق ، لأنه نكاح صحيح ، غاية الأمر أنه =

والبلوغ مقدر بالسن 18 ثمانية عشر عامًا إذا لم يحصل بلوغ بعلامات أخرى (مذهب مالك) [1] ، ومتى فُقِد المجبرون فليس لغيرهم من الأولياء تزويج الصغير والصغيرة أصلا إلا اليتيمة ، وحينئذ تؤخر الصغيرة للبلوغ بالعلامات (حيض - إنزال - حمل إلخ) أو بثمان عشرة سنة ثم لا تزوج البالغ إلا بإذنها [2] .

أما الذكر فمتى بلغ رشيدًا بالعلامات أو بالسن فلا سلطان لأحد عليه ، ويصح زواجه بدون احتياج لرضاء أحد من أقاربه [3] .

بند [97] القانون الفرنسي

والذي يجب الحصول على رضاهم هم :

أولًا - مريد الزواج ولد شرعي وأمه وأبوه موجودان . يلزم الحصول على إرادتهما ، فإن اختلفا فيكفي إرادة الأب ؛ لأنه رئيس العائلة وله الحقوق الأبوية ، وعدم رضاء الأب أو الأم يوجد سواء في إعلان الزواج أو بجواب يرسل إلى مسجل العقود المدنية الذي يباشر عقد الزواج ويكون إمضاء الجواب مسجلًا ، أو بمحضر يحرره مسجل العقود . ويجب تسجيل هذا التبليغ مجانًا . ويؤخذ برأي الأم في حالتين : حينما تكون مطلقة أو منفصلة عن زوجها ، وأن يكون الطلاق لصالحها ، وأن يكون محكومًا لها بحفظ الأولاد ورعايتهم . فإن وجد شرط واحد

= غير لازم . قال ابن المواز : وإذا لم يرد الولي نكاح الصبي والحال أن المصلحة في رده حتى كبر وخرج من الولاية جاز النكاح وينبغي أن ينتقل النظر إليه فيمضي أو يرد اهـ .

(1) جاء في الخرشي 291/5 : أنه لما كان البلوغ عبارة عن قوة تحدث في الشخص يخرج بها من حال الطفولة إلى غيرها ، وتلك القوة لا يكاد يعرفها أحد ، فجعل الشارع لها علامات يستدل بها على حصولها ، منها السن وهو مشترك بين الذكر والأنثى وهو مقدر في المذهب المالكي بثماني عشرة سنة ولابن وهب خمس عشرة سنة ، ومنها فرق أرنبة المارن ونتن الإبط وغلظ الصوت ، ومنها للأنثى الحيض أو الحمل ... ومنها الإنبات ، منها للعانة لا الإبط أو اللحية .

(2) جاء في الشرح الكبير 224/2 أنه لا جبر لأحد من الأولياء لأنثى ، ولو بكرًا يتيمة تحت حجره حينئذ ؛ فالبالغ هي التي تزوج بإذنها ... إلا يتيمة خيف فسادها أي فساد حالها بفقر أو زنا أو عدم حاضن شرعي أو ضياع مال أو دين وبلغت من السنين عشرا أي أتمتها وأذنت لوليها بالقول .

(3) جاء في حاشية الدسوقي 292/3 وما بعدها أن الصبي متى بلغ عاقلًا زالت عنه ولاية الأب والوصي والحاكم من حيث تدبير نفسه وصيانة مهجته ؛ إذ يؤمن عليه حينئذ من وقوع نفسه في مهواة أو فيما يؤدي لقتله أو عطبه ، وحينئذ فلا يمنع من الذهاب حيث شاء .

من هذين فللقابل من الأبوين طلب الممتنع أمام المحكمة المدنية التي تحكم في الموضوع ويسجل الحكم مجانًا .

ثانيًا – مريد الزواج ولد شرعي وله أب أو أم على قيد الحياة ، إذا مات أحد الأبوين فقبول الحي منهما يكفي ، وكذلك الحال عند استحالة الحصول على إرادة الآخر لجنونه أو الحجر عليه أو إعلان غيبته ، وإذا فُقِد الأبوان أو كانا في حالة جنون أو غيبة أو محجورًا عليهما فلا بدمن الحصول على رضاء الأجداد والجدات إلى سن 21 سنة كاملة ، وبعدها يُعْقَد الزواج بدون إذنهما . وإذا انعدم جميع أقاربه ، ولم يزد عن 21 سنة وجب الحصول على رضاء مجلس العائلة ، وبعد 21 سنة يتزوج بلا احتياج إلى أحد .

ثالثًا – مريد الزواج ولد طبيعي ، إذا اعتراف أحد به ووُجِد أبوه وأمه ادعاء فيجب الحصول على رضاهما مثل الولد الشرعي في جميع أحواله ، إذا اعترف أحد به وليس له أب ولا أم ، أو لم يعترف ببنوته أحد فيؤخذ رأي محكمة أول درجة المدنية إلى 21 سنة [1] .

غياب الأب والأم : في حالة غياب الأب والأم طالب الزواج يمكنه عقد الزواج فيما يأتي :

1 – عند تقديم حكم بالأمر بالبحث عن الغائب .

2 – عند تقديم شهادة من قاضي الصلح لمكان إقامتهما بناء على شهادة أربعة شهود بعدم وجود أب وأم .

موت الأب والأم : عند موتهما يكفي حضور الجد والجدة وشهادتهما بموت الأب والأم ، وإذا لم يوجد أجداد ولا جدات فَيُقْسم طالب الزواج الرشيد أن أباه وأمه توفيا ، فإذا كان طالب الزواج دون إحدى وعشرين سنة ، ولا يعلم محل موت أبويه أو محل إقامة من يعطي الإذن بالزواج بعدهما يقسم بذلك أمام قاضي الصلح ، ومجلس العائلة الذي له الحق في التصريح بالزواج أو عدمه .

---

(1) انظر : بند 148 إلى 150 ، وبند 159 ، وبند 160 ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، الباب الأول من الكتاب الخامس ص 38 ، 39 ، ص 41 .

بند [98] التشريع الإسلامي

والذي يجب الحصول على رضاهم هم : سيد الرقيق ، والولي المجبر وهو الأب الرشيد ، وولي السفيه ، ووصي الأب إن أمره بالجبر أو عين له الزوج وكان بمهر المثل ولم يكن فاسقا [1] .

وليس لأحد من الأولياء بعد فقد المجبر تزويج اليتيمة إلا الحاكم بشروط . أما البالغ فيجب استئذانها بالقول إن كانت ثيبًا وبسكوتها إن كانت بكرًا [2] (مذهب مالك) [3] .

والذي يملك الإذن بالزواج هو الولي المجبر أو الحاكم في اليتيمة بشروطها ، ولا يكون الولي المجبر إلا ذكرا في مذهب الأئمة الثلاثة ، ويجوز أن يكون الولي أنثى في مذهب أبى حنيفة ، والجد كبقية العصبة يكون وليا في الزواج ، ولكنه غير مجبر في بعض المذاهب ، والجد كالأب مجبر في بعضها أيضًا ، فإذا انعدم العصبة للأنثى تولى الحاكم أمرها ، فإذا لم يوجد حاكم تولى المسلمون أمرها [4] .

وأما الذكر فلا يحتاج لإذن بعد بلوغه رشيدًا فله التزوج بلا إذن . فالزوجان المجبران لا احتياج إلى استئذانهما مع وجود وليهما المجبر ، وغير المجبرين المفتات عليهما معًا يفسخ نكاحهما في ذاته (أصالة) وإن افتيت على أحدهما صح

---

(1) جاء في الشرح الكبير 223/2 : أن للولي الرد والإجازة في العبد إن تزوج بغير إذنه ، وأما في الأمة فيتحتم الرد ولو عقد لها أحد الشريكين ... وتكون ولاية الجبر للأب الرشيد كذلك ولكن لا جبر للوصي إلا إذا بذل الزوج مهر المثل ولم يكن فاسقًا فليس هو كالأب من كل وجه .

(2) قاعدة : البالغ يجب استئذانها بالقول إن كانت ثيبًا وبسكوتها إن كانت بكرًا .

(3) جاء في الشرح الكبير 224/2 أنه : بعد السيد والأب ووصيه لا جبر لأحد من الأولياء لأنثى ولو بكرًا يتيمة تحت حجره ، وحينئذ فالبالغ هي التي تزوج بإذنها فإن كانت ثيبًا أعربت عن نفسها وإن كانت بكرًا كفى صمتها ... وشوور القاضي الذي يرى ذلك ولو لم يكن مالكيًا ليثبت عنده ما ذكر ، وأنها خلية من زوج وعدة ورضاها بالزوج وأنه كفؤها في الدين والحرية والنسب والحال والمال ، وأن الصداق مهر مثلها ، وأن الجهاز الذي جهزت به مناسب لها ، فيأذن للولي في تزويجها فإن لم يوجد حاكم أو كان أي من الجائرين المفسدين في الأرض كفى جماعة المسلمين .

(4) في المذهب المالكي النص على أن غير المجبر ابن فابنه فأب ، فأخ فابنه فجد فعم فابنه... شرط والكافل للمرأة إن لم يوجد ولي ولا حاكم يكلفها يكون من جملة عامة المسلمين . انظر : الشرح الكبير 225/2 .

النكاح بإذن المفتات عليه [1] .

والولد الطبيعي هو الذي لم ينسب إلى فراش صحيح (ولد مجهول النسب) ، فإن اعترف به ذَكَرٌ أنه ولده ، وكان الظاهر لا يكذبه ولا العادة ولا العقل فيكون ولدًا شرعيًا (ويسمى الاستلحاق) ، وحكمه حكم الولد الشرعي من جميع الوجوه ، فإذا فقد الولد المُعْتَرَف ببنوته والديه كان يتيمًا فيتولى أمره أقرب العصبات إليه ، فإن لم يوجد له أقارب فوليه الحاكم ، وكذلك الأمر إن لم يعترف ببنوته أحد .

وقد وكل أمر القصر عن درجة البلوغ الشرعي إلى المجالس الحسابية وهي مكونة من القاضي الأهلي رئيسا ، والقاضي الشرعي ، وأحد الأعيان أعضاء ، وكاتب المجلس ، فيصرح المجلس بالزواج للقُصَّر المشمولين برعايته بعد طلب الوصي ذلك من المجلس وبعد التحريات عن الكفاءة والاستقامة إلخ . وهذا في القصر الذين تزيد أموالهم عن 55 جنيهًا مصريًّا ، أما من لا تركة لهم أو لهم دون النصاب المذكور فلا يتزوجون إلا بعد بلوغ السن المشترط لتولي المأذون الشرعي عقد زواجهم ، وإن كان هذا لا يتنافى مع صحة العقد في ذاته بدون مسجل العقود كما سبق .

وعند تعدد الأولياء يقدم الأقرب فالأقرب حسب ترتيب الميراث الشرعي [2] .

بند [99] الإذن بالزواج من الأقارب

القانون الفرنسي : إن حضر الأقارب بمجلس عقد الزواج فإذنهما يكون جوابًا لسؤال الموظف المختص بتحرير عقد الزواج ، وإن غابا لعذر قانوني فيكون الإذن كتابة أمام مسجل العقود أو مسجل إشهادات الزواج بفرنسا وفي خارجها أمام

---

(1) جاء في الشرح الكبير 228/2 أنه إذا تعدى عليها وليها فعقد عليها بغير إذنها ثم وصل لها الخبر فرضيت بذلك فلابد من رضاها بالقول ، ولا يكفي الصمت ، وصح العقد حينئذ بشروط منها أن لا ترد قبل ، فإن ردت فلا عبرة برضاها بعده .

(2) جاء في الشرح الكبير 467/4 : أنه يقدم مع التساوي في المنزلة كالأخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم وأعمام الأب وبنيهم الشقيق على غيره مطلقًا أي في جميع المراتب ... وهكذا وهو معنى قول الجعبري : وبالجهة التقديم ثم بقربه .. وبعدهما التقديم بالقوة فجهة البنوة تقدم على جهة الأبوة وجهة الأبوة تقدم على جهة الجدودة ... الأقرب فالأقرب . فإن لم يكن أقرب فالتقديم بالقوة بأن يقدم الشقيق من هذه الجهات على غير الشقيق ، ثم يلي عصبة النسب . أما إن تنازع الأولياء المتساوون درجة كإخوة أو بنيهم أو أعمام في تولي العقد مع اتفاقهم على الزوج بأن قال كل متهم : أنا الذي أتولاه نظر الحاكم فيمن يتولاه منهم .

السفير أو القنصل ، وينص في الإذن باسم الشخص الثاني الذي سيتزوج به قريب معطي الإذن ، وإذْنُ مجلس العائلة يكون بعد المشاورة من قلم كتاب الصلح أو من موظف الأحوال الشخصية لمحل إقامتهم [1] .

ويجوز الرجوع في الإذن بالزواج إلى يوم عمل الإشهاد بالزواج ، ولا يصح الرجوع فيه بعد ذلك . وقد صدر قانون سنة 1907 وتضمن تسهيلات هامة ، وهي :

1 - حذف إشهاد الاحترام واستبداله بتبليغ بسيط بمشروع الزواج إلى الأب والأم يحرره مسجل العقود لا المحضر .

2 - هذا التبليغ يكون للأب والأم فقط دون باقي الأقارب .

3 - هذا التبليغ ينقطع عند سن الثلاثين سنة . مع العلم أنه لا يلزم التبليغ في الزواج الثاني أو في زواج سابق ، ولا يباشر عقد الزواج بعد هذا التبليغ إلا بعد مضي خمسة عشر يومًا كاملة .

بند [100] التشريع الإسلامي

الإذن بالزواج ممن يملكه يكون بتوليه نفس العقد أو بتوكيله غيره فيه أو أمام شاهدين إذا قام عذر منعه عن تولي العقد بنفسه أو بتحرير إذنه ورغبته وشهود عليه إلخ .

ومعلوم أن إذن الولي المجبر وغيره بزواج يدور مع المصلحة [2] فحيث توجد المصلحة يجب عليه الإذن ، ولكنه قد يتعنت الولي فيمنع الزواج مع المصلحة أو قد يرى المصلحة ، وترى صاحبة الشأن غير ذلك ، ففي هذا النص الآتي . هذا ويسمى الولي المانع من الزواج (عاضلا) .

فإذا طلب المرأة كفؤ ورضيت به وطلبت تزوجه أم لا ، وامتنع الولي الأقرب غير المجبر من تزويجها بالكفؤ الذي رضيته ، أو دعت لكفؤ ، ودعا وليها لكفؤ آخر ، فإن الحاكم يسأله عن وجه امتناعه فإن وجد صوابًا ردها إليه ، وإلا أمر بتزويجها

---

(1) انظر : البنود 151 إلى 155 ، وبند 158 ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، الباب الأول من الكتاب الخامس ص 39 ، 40 ، 41 .

(2) قاعدة : إذن الولي المجبر وغيره بزواج يدور مع المصلحة .

من الكفؤ الذي طلبها فإن امتنع زوَّجها الحاكم ، ومحل ذلك ما لم تكن كتابية وتدعو لمسلم وإلا فلا تجاب له حيث امتنع أولياؤها ؛ لأن المسلم غير كفؤ لها عندهم فلا يجبرون على تزويجها به [1] .

وأما الأب المجبر فلا يعد عاضلا (مانعًا) لمجبورته برده لكفؤها ردًّا متكررا إلا إذا تحقق عضله (منعه) فيُؤْمَر بالتزويج وإلا زوَّج عليه الحاكم ، ومن مُنِعَت من الزواج لا بدمن إذنها بالقول ولو زوجها الحاكم [2] .

وقد يزوج الولي مجبرًا أو غير مجبر من تحت ولايته بلا إذن منها ، وهذا يسمى (افتياتا) أي تعديا على حقوق الغير وبيان تفصيله كالآتي .

إذا كانت الزوجة مجبرة فلوليها المجبر من أب أو وصي أو سيد أن يعقد عليها بدون إذنها صغيرة كانت أو كبيرة وليس لها رده ، ثم الزوج إن افتيت عليه فلصحة العقد شروط مثل الشروط الآتية في المفتات عليها [3] .

وإن كان الزوج مجبرًا كصبي أو مجنون أو عبد أو سفيه خيف عليه الزنا فلوليه المجبر تزويجه بغير إذنه ، وليس له رد النكاح بعد ذلك .

وإن كانت الزوجة غير مجبرة بكرًا أو ثيبًا وافتيت عليها وعلى الزوج معًا فلا بد من فسخ هذا النكاح مطلقًا سواء وجدت شروط المفتات عليها أم لا .

وإن كانت الزوجة غير مجبرة بكرًا أو ثيبًا وافتيت عليها وحدها بأن تعدى

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 231/2 وما بعدها : أن على الولي الإجابة لكفء رضيت به ، أي سواء طلبته للتزوج به أو لم تطلبه بأن خطبها ورضيت به ، لأنه لو لم يجبْ لذلك مع كونها مضطرة لعقده كان ذلك ضرارًا بها . وأما الأب المجبر فلا يجب عليه الإجابة لكفئها لأنهُ يجبرها إلا أن يتبين عضله ، وإلا وجبت عليه الإجابة لكفئها ، ومحل كلام المصنف ما لم تكن كتابية وتدعو لمسلم وإلا فلا تجاب له حيث امتنع أولياؤها ، لأن المسلم غير كفء لها عندهم فلا يجبرون على تزويجها به قاله شيخنا .. فإن امتنع الولي من تزويجها بالكفء الذي رضيت به في المسألتين أمره الحاكم .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 232/2 : أنه لا يعد الأب المجبر عاضلًا لمجبرته برده لكفئها ردًّا متكررًا ... وإنما يعد عاضلًا بأن يتحقق القاضي من عضله وإضراره ولو بمرة فإن تحقق أمره الحاكم ثم زوج .

(3) جاء في حاشية الدسوقي 232/2 وما بعدها أنه إذا وكلته على أن يزوجها ممن أحبت ، فزوجها من غير تعيين له قبل العقد كانت كالمفتات عليها فيصح النكاح إن رضيت ، وذلك لشدة الافتيات عليها في هذه لإسنادها المحبة لها .

عليها وليها غير المجبر فعقد عليها بغير إذنها ، ثم وصلها الخبر في أقل من يوم ورضيت ، صح بشرط أن تكون المفتات عليها بالبلد ولو بَعُد طرفاها حال الافتيات والرضا ، فإن كانت في غيره لم يصح - ولو قرب - وانتهى إليها الخبر من وقته ، ولم يقر الولي بالافتيات حال العقد بأن سكت أو ادعى الإذن وكذبته ، وإن لا ترد قبل الرضا فلا عبرة إذًا برضاها بعده .

وقد يختلف الزوج مع الولي مجبرًا أو غير مجبر في ذات العروس ، فقال الزوج : « ليست هذه هي مخطوبتي » . وقال الولي : « هي » . فيفسخ ويلزم نصف الصداق ، فإن دخلا لزمه الصداق كاملًا ، ومتى ثبت أنها غير المخطوبة لزمه الصداق ، ورجع به على من غَرَّه .

بند [101] القانون الفرنسي

خامسًا – عدم وجود زواج سابق لم يُحَل : لا يمكن عقد زواج ثان قبل حَلِّ الزواج الأول ، ويجب على مريد الزواج ثانيًا أن يقدم دليلًا على حَلِّ الأول ، إما بالوفاة أو بالطلاق . وإعلان الغيبة لا يكفي ، ويترتب على تخلف هذا الشرط في الزواج شيئان :

1 - عقاب مدني ، وهو إلغاء الزواج الثاني .

2 - عقاب جنائي ، وهو وجود جناية جمع زوجتين ، وعقابه الأشغال الشاقة المؤقتة (م 340 قانون جنائي) [1] .

بند [102] القانون الروماني

عدم زواج سابق غير منحل : حافظ الرومانيون على الزوجة الواحدة بمعنى أن الزوج والزوجة يجب على كل منهما أن لا يكون متزوجًا زواجًا غير منحل ، فإن كانت الزوجة مطلقة أو متوفى عنها زوجها وجب عليها قضاء العدة عشرة أشهر قبل الزواج منعًا لاختلاط الأنساب [2] .

---

(1) انظر : بند 147 من الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 .

(2) انظر : الباب العاشر من الكتاب الأول في النكاح الصحيح ، من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ص 20 - 24 .

بند [103] التشريع الإسلامي

قد يتوقف وجود العقد بالزواج على حل زواج سابق كتزوُّج خامسة ، أو أخت زوجته ، أو أي أنثى لا يصح جمعها مع التي في عصمته . فيجب طلاق الأولى على براءة أو طلاقًا باتًّا أو رجعيًا [1] ، وتخرج من العدة ، أو بالطلاق قبل الدخول ، ولكن متى كان زواج الثانية غير ممنوع لما ذكر جاز له أن يتزوج ثانية وثالثة ورابعة ، وهو مبدأ تعدد الزوجات ، وهو جائز شرعًا بشروطه :

أولًا – أن يعدل بين زوجاته في القسم في المبيت ، وفي النفقة ، والكسوة ، وإلا حُرِّمَ زواج غير واحدة .

ثانيًا – أن يكون قادرًا على نفقتهن وكسوتهن ومساكنتهن ، والإحَرُم زواج غير واحدة ؛ لأن اللّه جل شأنه يقول : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ [2] فرتب عدم جواز تعدد الزوجات على مجرد خوف عدم العدل ؛ فمن باب أولى إذا تحقق عدم العدل فلا يجوز زواج غير واحدة .

وقد يرى الذين لا يمعنون النظر في الحقائق أن تعدد الزواج فوضى إباحية رغبة لتحصيل شهوة جامحة أو لذة متنوعة تدعو إليها النفس البشرية ، ولكن هذا وهم باطل وسراب بقيعة يحسبه الظمآن ماء حتى إذا جاءه لم يجده شيئًا .

وذلك أن اللّه – جل شأنه ، وعلت حكمته – قد كوَّن الإنسان من طبائع وغرائز مختلفة ، حتى إن الملائكة حينما رأوا تكوينه حكموا عليه بأنه سيفسد في الأرض ﴿ قَالُوٓاْ أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ ٱلدِّمَآءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَۖ قَالَ إِنِّيٓ أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾ [3] .

فما أودعه اللّه فيه من الغرائز البشرية التي تقضي بوجود النسل والذرية يقضي بترتيب نظم التناسل ، فجابه الحقيقة التي يفر منها المشرعون الوضعيون أو الذين يغمضون أعينهم عنها فوضع لها النظم الآتية .

أولًا – حبب الزواج ودعا إليه ، فقال الرسول ﷺ : « تناكحوا تناسلوا فإني مباهٍ

(1) في الأصل [باتًا] والصحيح ما أثبتناه .
(2) سورة النساء الآية رقم 3 .
(3) سورة البقرة الآية رقم 30 .

بكم الأمم يوم القيامة »[1] ، وقال : « التمسوا النكاح ولو بخاتم من حديد »[2] ، هذا لمن آنس في نفسه أنه يقوم بواجب الزوجية وما يحتاج إليه في الحياة ، فتعتري الزواج الحرمة ، والوجوب ، والندب ، والكراهة ، والإباحة .

ثانيًا – دعا من لم يستطع القيام بفرائض الزواج إلى الكبح من جماح الشهوة البشرية ، فقال الرسول : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء »[3] .

ثالثًا – من استطاع الزواج ، وكان في سعة ويسر ، وتحقق من العدل بين نسائه فله أن يتزوج بغير واحدة .

وفي الواقع أن سر تعدد الزواج لم يصل بعد إلى عقولنا البشرية القاصرة ، وسبحان من يعلم السر والنجوى ، ولكن هذا لا يمنع من إظهار بعض المحسوسات من تجارب البشر مما دل على أن زواج غير واحدة فيه خير كثير ، وذلك مفهوم من أن حبس الرجل على زوجة واحدة يجعله يمرض لمرضها ، ويتعطل عن الإنتاج إذا حاضت أو ولدت بينما هو ملقح ويمكنه أن يكثر النسل مع امرأة أخرى سليمة من أمراض تلازم الحبالى أو طمث تعتزل زوجها حتى تطهر ، وبلا شك ينتج عن تعدد الزوجات نتائج اجتماعية خطيرة .

أولًا – بكثرة النسل تكثر أبناء الأمة فتزدهر الحياة ، وتصبح الأمة قوية بسواعد أبنائها تعتز بها عند امتشاق[4] الحسام في الحروب ، وفي التجارة ، والزراعة ، والصناعة ؛ فتخشى بأسها الدول ؛ وتعيش في رفاهية ليس فيها دخيل يخون في أمورها إذا تولاها ، ولا غريب يفرض إرادته عليها لكي يسلبها حقوقها من حرية ووجود ؛ لأن المفروض أنها أمة حرة مستقلة .

---

(1) أخرجه ابن ماجه لفظ (النكاح من سنتي . فمن لم يعمل بسنتي فليس مني . وتزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم . ومن كان ذاَ طَول فلينكح . ومن لم يجد فعليه بالصيام فإن الصوم له وجاء » ابن ماجه باب النكاح فضل النكاح 592/1 وأخرجه عبد الرازق في مصنفه : تناكحوا تكثروا فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة .

(2) البخاري : النكاح باب 51 .

(3) البخاري كتاب الصوم باب 10 ، مسلم : النكاح باب 1 ، الترمذي النكاح باب (1) النسائي باب النكاح 3 .

(4) امتشاق المشق جذب الكتان في ممشقة حتى يخلص خالصه ، وامتشق في الشيء دخل وامتشق الشيء اختطفه وأخذه بقوة ، وهو المقصود هنا ، لسان العرب مادة (مشق) 4211/6 .

ثانيًا – تكثر الأيدي العاملة ، وتكثر الهجرة والاستعمار ، وتكثر الملكيات الصغيرة ، ويكثر التزاحم لطلب الرزق وفي الإنتاج إلخ .

ثالثًا – مفروض أن النساء أكثر من الرجال خصوصًا عقب الحروب ؛ فيجب عدلًا عدم تعطيل جزء كبير منهن نظير تمتع بعضهن بأزواج وربما يكن عاقرات ؛ فتعود إلى الأمة كثرتها في زمن قليل .

رابعًا – بزواج غير واحدة تقل الأولاد الطبعيون ؛ بل يصبحون كلهم أولادًا شرعيين ، ولا يخفى الضرر الذي يعود على الهيئة [1] الاجتماعية وعلى نظمها خصوصًا الزواج الشرعي والميراث من أولاد الشوارع ، ولقد أصبحت حالة الأولاد الطبيعيين في أوروبا وخيمة مخيفة ، وهي في ازدياد مستمر .

خامسًا – بالرغم من منع زواج غير واحدة في أوروبا فإن الأخدان والصديقات أو الزواج غير الشرعي قد أخذ طريقة واضحة جلية حتى اعترف المتشرعون بحقوق أولاد الزنا (راجع باب الميراث والهبة والوصية) . فلو أن القوانين الوضعية اعترفت بهذه الحقيقة الواقعة وأباحوا زواج غير واحدة ، ونظموا ذلك لاستقرت النظم الاجتماعية على أساس متين .

ولو أن الطلاق أبيح حسبما يصح للزوجين اشتراطه كالتشريع الإسلامي ، ولو أنهم أباحوا زواج غير واحدة ، ونظموا المعيشة الزوجية كما نظمها المشرع الأعلى (في التشريع الإسلامي) لما غيروا وبدلوا كل يوم ؛ ولما تشبعت أمامهم أحوال الإنسان الشخصية ، ولكن سيأتي الوقت فيعودون مقهورين إلى هذا التشريع الرباني فلا يتناقضون مع أنفسهم من منع تعدد الزوجات بينما هم يعترفون بحقوق أولاد الزنا ، وهو بالطبع من امرأة أخرى حتى بغير عقد يحل هذه المعاشرة ويرتب عليها نتائجها ، ولكنهم لا يعنون بحلال ولا بحرام ، إنما يعنيهم مخالفة القانون أو اتباعه في أعين الناس وخوفًا من عقابه وكفى .

---

(1) في الأصل : [هيأة] والصحيح ما أثبتناه .

بند [104] طريقة اتقاء زواج ثان حسب قانون سنة 1897 م [1]

1 - حتم القانون التأشير بهامش سجل الميلاد بمضمون عقد الزواج قرين اسم الزوجين .

2 - حتم على كل من الزوجين مريد الزواج إحضار شهادة الميلاد وتقديمها لكاتب إشهاد الزواج بتاريخ لم يمض عليه أزيد من ثلاثة أشهر .

بند [105] التشريع الإسلامي

هذا نظام يقتضيه تحريم تعدد الزوجات ، ولكن الحال الذي شاهدناه في أوروبا أنه لا يعقد زواج ثان فلا يحتاج لشهادة الميلاد ، ولكنها معاشرة حرة لا اعتراض لأحد عليها ؛ فيكون الرجل متزوجًا بالفعل فيبغض زوجته لعدم اتفاقهما مودة ومحبة ، وكذا الزوجة ؛ والقانون لا يبيح الطلاق لهذا فينفصلان وديا ، كل يعاشر من يشاء بلا نكير ، وبالطبع سيكون لهما أولاد ، فالأولاد للفراش ، والله يعلم بل والناس أنهم ليسوا أبناءهم ، أو يترك كل واحد بلده وينحدر إلى الشمال أو إلى الجنوب ، ثم يعاشر من يشاء ، وهكذا تسير الحياة في طريق طبيعة البشر رغمًا عن التشريع الوضعي الأعرج .

المؤلف : وبما أن الناس قد تفشى فيهم الكذب والخيانة ، وقد حصل أن تزوجت امرأة زوجين وثلاثة ، وضُبِطَت وحوكمت ، وكان السبب إمكان العقد على ذات زوج لادعائها أنها بكر ، وأتت بشهود قد يكونون حسني النية فيصدقون الزوج لمعرفتهم به ، والزوج قد صدقها في أنها بكر ، فمن المصلحة وضع تشريع يقضي باستحضار شهادة من المحكمة الشرعية التي كانت تقيم بدائرتها بعد التحري إداريًّا عن محل إقامتها الحقيقي ؛ ويثبت في تلك الشهادة أنها عُقِد عليها لأحد أم لا من واقع فهارس الزواج الموجودة بالمحكمة ، وعسى أن يتم ذلك قريبًا .

---

(1) انظر : بند 63 ، وبند 70 من الباب الثالث من الكتاب الثاني ص 18 ، 19 ، 20 وبند 165 ، 166 من الباب الثاني من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 42 .

بند [106] القانون الفرنسي

سادسًا – عدم وجود رابطة قرابة أو نسب ، وحد تحريم القرابة كالآتي :

أولًا – قرابة على خط مستقيم ، وهو كل من له عليك ولادة أو من لك عليه ولادة .

ثانيًا – قرابة حواشي ، أخ وأخت ، عم وبنت أخيه ، عمة وابن أخيها يعني إلى الدرجة الثالثة في القرابة ، والمتشرعون حرموا زواج العم الكبير بالعمة الكبيرة ، يعني في الدرجة الرابعة [1] .

بند [107] القانون الروماني

من شروط الزواج وجود الأهلية ؛ فإذا انعدمت الأهلية التامة فلا يوجد النكاح ، وعدم الأهلية التامة هو ما يمنع زواج الشخص من أي شخص آخر كالعبيد والأجانب واللاتيني المستعْمِر ، وعدم الأهلية الخاصة ، هو ما يمنع الزواج بين شخصين معينين لسبب خاص كالقرابة ؛ فالقرابة العمودية إلى النهاية والحواشي إلى ثالث درجة كعم وبنت أخ وعمة وابن أخيها ، وكذلك في النسب في الخط العمودي إلى مالا نهاية [2] .

بند [108] التشريع الإسلامي

يحرم تزوج أصل الشخص وهو من له عليه ولادة وإن علا وفرعه وإنْ مِنْ زنى وهو من له عليه ولادة وزوج الأصل والفرع ، وفصول أول أصل وإن سفلوا ، وأول فصل من كل أصل مطلقًا ، وخامسة بزواج ، ومجموعة مع أخرى لو قَدَّرْت كلا منهما ذكرًا حرم من الجانبين ؛ فيحرم زواجك بجدتك وجدة جدتك إلى مالا نهاية ، وزواجك ببنتك وبنت بنتك وبنت ابنك إلى مالا نهاية ، وزواجك بزوج أبيك ، أو زوج ابنك لصلبك ، وزواجك بأختك وبنت أختك وبنت أخيك إلى

---

(1) انظر : البنود من 161 إلى 164 في الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 41 ، 42 .

(2) انظر : الباب العاشر من الكتاب الأول [في النكاح الصحيح] من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، ص 20 – 24 .

مالا نهاية ، وزواجك بعمتك من كل أصل ، وزواجك بخامسة قبل بَتّ إحدى الأربع أو موتها أو خروجها من عدة الرجعى ، وزواجك ببنت وعمتها ، أو بنت وبنت أخيها لأنك لو قدرت إحداهما ذكرًا لما صح له زواج الثانية ؛ فلا يصح جمعهما في عصمة واحدة [1] .

بند [109] القانون الفرنسي

وحد تحريم النسب كالآتي :

أولًا – النسب المستقيم ، وهو كل من له على زوجك ولادة أو له عليه ولادة .

ثانيًا – النسب الحواشي بين أخي الزوج والزوجة ، وبين أخت الزوجة والزوج في حالة الطلاق ، وأما في حالة الوفاة فلأخ الزوج أن يتزوج زوجة أخيه بعد وفاته ، وللزوج زواج أخت زوجته بعد وفاة زوجته [2] .

ملاحظات :

أولًا – إن الزواج مباح بين ولدي العم الأشقاء .

---

(1) جاء في الخرشي : 207/3 أنه يحرم على الشخص ذكرًا أو أنثى أصوله ، وهو من له عليه ولادة مباشرة أو بواسطة ، فيحرم على الذكر أمه وأمها وإن علت وأم أبيه وأمها وإن علت وأم أبي أمه وأم أبي أبيه وعلى الأنثى أبوها وأبوه وإن علا وأبو أم أبيها وأبو أمها وإن بَعُد وأبو أم أمها كذلك ، وفصوله وهو من له عليه ولادة مباشرة أو بواسطة وإن بعدت ؛ فيحرم على الذكر بنته وإن سفلت وعلى الأنثى ابنها كذلك ... ولو خلقت من مائه يعني أن الرجل إذا زنى بامرأة فحملت منه بابنة فإنها تحرم عليه ، كما يحرم عليه من بناته من ثبت نسبها منه لأن الجميع خلقن من مائه ... ويحرم على الشخص أن يتزوج امرأة تزوجها أحد من آبائه وإن علوا أو بنيه وإن سفلوا ... وفصول أوّل أصوله أي وحرم على الشخص فصول أبيه وأمه ، وهم إخوته وأخواته أشقاء أو لأب أو لأم وأولادهم وإن سفلوا . وأول فصل من كل أصل يريد أنه يحرم الفصل الأول خاصة من كل أصل ماعدا الأصل الأول ؛ لأن الأصل الذي يلي الأصل الأول هو الجد الأقرب والجدة القربى ، وابن الأول عم أو خال وابنته عمة أو خالة ، وابن الجدة المذكورة وابنتها كذلك ، وهم أول الفصول والتحريم مقصور عليهم ، وأما أولادهم فهم حلال ، وأما فصول الأصل الأول فهم حرام وإن سفلوا كما مر . وفي الخرشي 209/2 أنه يحرم على الحر والعبد جمع خمس من النساء في عقد ولو سمى لكل واحدة صداقها ويفسخ نكاح الجميع ، أو عقود ويفسخ نكاح الخامسة إن علم وإلا فالجميع . وجاء في حاشية الدسوقي 253/3 أنه يحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو بنت أخيها أو بنت أختها .

(2) انظر : البنود من 1161 إلى 164 في الباب الأول ، من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 41 ، 42 .

ثانيًا – إن الزواج مباح بين أخوين من ناحية وأختين من ناحية أخرى لأن حرمة المصاهرة لا تمتد إلى أخي الزوج .

ثالثًا – إن الزواج مباح بين رجلٍ – توفيت زوجته – وولدِه وبين زوجة توفي زوجها ومعها بنتها . للرجل الأم ، وللولد البنت .

بند [110] التشريع الإسلامي

ويحرم بمجرد العقد – وإن لم يتلذذ الزوج بزوجته – أصول زوجته وهن أمهاتها وإن علون ، ويحرم على الزوج فصول زوجته ، وهن بناتها ، وإن سفلن بشرط أن يتلذذ بالزوجة وإن بعد موتها ولو بنظر إن وجد اللذة (فالعقد على البنات يحرم الأمهات ، والدخول بالأمهات أو التلذذ بهن يحرم البنات) [1] فمجرد العقد على الأم لا يحرم البنت ، ولكن مجرد العقد على البنت يحرم الأم .

ولا حرمة بين أخي الزوج والزوجة متى انحل نكاحهما ، ولا بين أخت الزوجة والزوج متى انحل نكاحها بطلاق بائن أو وفاة ، ويحرم على الزوجة أصول زوجها وفروعه .

وبعد مراعاة قواعد التحريم المذكورة بالقرابة والنسب يجوز الزواج ببنت العم الشقيق أو للأب ، كما يجوز أن يتزوج أخوان أختين ، وأن يتزوج الرجل زوجة ولها بنت من آخر وله ولد فيتزوج الولد بنت زوجة أبيه [2] .

بند [111] تحريم ناشئ عن القرابة الطبيعية

القانون الفرنسي : يحرم بالقرابة الطبيعية ما يحرم بالقرابة الشرعية بالنسبة للإخوة والأخوات بشرط أن يكون الاعتراف بالبنوة حصل بإشهاد أو بحكم

---

(1) قاعدة : العقد على البنات يحرم الأمهات ، والدخول بالأمهات أو التلذذ بهن يحرم البنات .

(2) جاء في أحكام القرآن لابن العربي 384/1 وما بعدها : – المسألة التاسعة قوله : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ هذا عموم متفق عليه ممن نفاه وممن أثبته ، وذلك أن اللّه تعالى عدد المحرمات ، ثم قال : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ فاختلف الناس في المراد به على ثلاثة أقوال : الأول – المراد به من عدا القرابة من المحرمات المذكورات . الثاني – ما دون الأربع . الثالث – ما ملكت إيمانكم وعدد المحرمات في الشريعة عندنا حسبما رتبنا من الأدلة في هذا الكتاب وغيره من النساء أربعون امرأة ، منهن أربع وعشرون حُرِّمن تحريمًا مؤبدًا ، ومنهن ست عشرة تحريمهن بعارض .

قضائي [1] .

بند [112] التشريع الإسلامي

الولد الطبيعي هو مجهول النسب ، فلو اعترف به عاقل بالغ يولد مثله لمثله إلخ بأنه ولده كانت العلاقة بينهما كالعلاقة بين ولد وأبيه ؛ فيحرم على كل منهما ما يحرم على الولد الذي نسب للفراش القائم بين الرجل وزوجته ؛ فلا يتزوج الأب زوجة ولده الذي اعترف به ، ولا الولد زوجة أبيه المعترف به ، ولا أولاد أبيه ، ولا أصولهم ، ولا فروعهم إلخ ، ويرث من أبيه الذي اعترف به ، وليس التحريم بين الأخ والأخوات وهذا الولد فقط بل بينه وبين أصول أبيه وفروعه إلخ [2] .

ويكفي في الإقرار بالبنوة أن يكون المقر عاقلًا بالغًا لا يكذبه الظاهر ولا العرف ولا العقل ، ومتى استوفى الإقرار شروطه فهو صحيح ، ولا يلزم عمل إشهاد بذلك ، فإن أشهد اثنين على إقراره صح [3] .

وفي الشريعة الإسلامية التحريم الناشئ عن الرضاع . وهو وصول لبن امرأة لجوف صغير في مدة رضاعه (حولين أو ما قاربهما) إن لم يستغن عن اللبن قبل ذلك ، فيحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب [4] ، فالرجل صاحب العصمة يعتبر أبًا للرضيع ؛ والأم تعتبر أمًّا للرضيع ؛ فيحرم على الرضيع أصول أبيه وأصول أمه من الرضاع وإخوته وفروعهم من الرضاع أيضًا ، والحرمة قاصرة على الرضيع فقط بمعنى أن أم أخيك ، وأم أختك ، وأم ولد ولدك ، وأخت ولدك ، وأم عمك ،

---

(1) انظر : بند 161 ، وبند 162 في الباب الأول ، من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 41 .

(2) في المذهب المالكي وغيره من المذاهب الفقهية أن المقر يؤاخذ بإقراره إذا كان المقر له أهلا لما أقر به . الشرح الكبير 397/3 . ويصح الإقرار بالنسب لمجهول الانتساب لأب معين . حاشية الدسوقي 412/3 ويثبت نسبه بهذا الإقرار ، ويأخذ من التركة نصيبه ويحرم عليه نكاح أم الميت وابنته إن كان المقر به ابنًا أو أخًا للميت . حاشية الدسوقي 417/3 .

(3) جاء في التاج والإكليل 238/5 وما بعدها ، قال مالك في المدونة : من ادعى ولدًا لا يعرف كذبه فيه لحق به ... إن لم يكذبه العقل لصغره أو العادة . ابن شاس إذا قال لعبده : هذا ابني لحق به ما لم يكذبه الحس بأن يكون أكبر سنًّا منه ، أو العرف بأن يتيقن الناس أنه ليس بولده كما إذا كان الغلام سنديا والرجل فارسيًّا .

(4) قاعدة : يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب .

وعمتك ، وأم خالك وخالتك في الرضاع ليست محرمة عليك .. وخالتك في الرضاع ليست محرمة . كما يحل لأخ الرضيع من أبيه أخت أخيه من أمه المرضع ، والتحريم بالرضاع مجمع عليه في التشريع الإسلامي [1] ، وليس معمولًا به في القوانين الوضعية إطلاقًا .

---

(1) جاء في الخرشي 176/4 وما بعدها : « حصول لبن امرأة ... في جوف الصغير المرضع ينشر الحرمة كما ينشرها النسب ... » ثم ذكر شرط التحريم بقوله : إن حصل في الحولين أو بزيادة الشهرين يعني أن شرط نشر الحرمة بالرضاع أن يحصل الوصول للجوف في الحولين من ولادته أو زيادة ما قرب منهما مما له حكمه كالشهر والشهرين وقيل : الثلاثة الأشهر وهذا ما دام مقصورًا على الرضاع ... ، ويحرم الرضاع ما حرمه النسب ، فكما حرم السبع بقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ ... إلى قوله تعالى : ﴿ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ ﴾ حرمن من الرضاع بقوله : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ... ﴾ وقوله ما حرمه أي الذوات والأعيان التي حرمها النسب ، إلا أم أخيك أو أختك وأم ولد ولدك وجدة ولدك وأخت ولدك وأم عمك وعمتك وأم خالك وخالتك فقد لا يحرمن من الرضاع .

نتيجة المقارنات من بند 73 إلى نهاية 112

يتفق التشريعان فيما يأتي : العائلة ، الزواج (في بعض شروطه) ، أغراض الزواج (في غالب أغراضه) ، الخطوبة ، شروط عقد الزواج ، اختلاف الجنسين ، رضاء مريدي الزواج (على تفصيل في ذلك) ، رضاء الأقارب (في الجملة) ، عدم وجود زواج سابق (في المحرم جمعه) ، عدم وجود رابطة قرابة أو نسب (في غالب صور النسب) .

ويختلف التشريعان فيما يأتي : عدم إمكان حل الزواج من الزوجين ، الاختلاط قبل الزواج ، السن المطلوبة ، تعدد الزوجة ، بعض صور التحريم بالنسب ، تحريم بالقرابة الطبيعية .

بند [113] القانون الفرنسي

تحريم ناشئ عن قرابة التبني

التبني مانع من الزواج في الأحوال الآتية :

أولًا – بين المتبنِّي والمتبنَّى ومن ولد لهما .

ثانيًا – بين الأولاد المتبنين لشخص واحد .

ثالثًا – بين المتبنَّى ومن سيولد للمتبنِّي .

رابعًا – بين المتبنَّى وزوجة المتبنِّي ، وبالعكس بين المتبنِّي وزوجة المتبنَّى (1) .

بند [114] التشريع الإسلامي

التبني هو إلحاق شخص معلوم النسب بآخر ؛ فيُعْطَى حكم ولده لصلبه ، وهذه كانت عادة الجاهلية الأولى قبل الإسلام ، بل وكانت عادة الرومان ، فلما جاء الإسلام أبطل هذه العادة من أساسها ، وأبطل ما كان مرتبًا عليها من حرمة زواج امرأة المتبنَّى على المتبنِّي ، فأمر اللّه رسوله أن يتزوج زوجة متبناه زيد بن حارثة (2) ، فخشي الرسول ﷺ قول الناس في إبطال هذه العادة فعاتبه اللّه في ذلك فقال : ﴿ وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَٱتَّقِ ٱللَّهَ وَتُخْفِى فِى نَفْسِكَ مَا ٱللَّهُ مُبْدِيهِ وَتَخْشَى ٱلنَّاسَ وَٱللَّهُ أَحَقُّ أَن تَخْشَىٰهُ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَٰكَهَا لِكَىْ لَا يَكُونَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِىٓ أَزْوَٰجِ أَدْعِيَآئِهِمْ إِذَا قَضَوْا۟

---

(1) انظر : بند 348 الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثامن ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 79 .

(2) زيد بن حارثة بن شراحيل أو شرحبيل بن كعب بن عبد العزى بن يزيد بن امرئ القيس بن عامر بن النعمان ملقب بالأمير الشهيد ، وهو المسمى في سورة الأحزاب في الآية رقم (37) وحِبُّ رسول اللّه ﷺ ولم يسم اللّه تعالى في كتابه صحابيًا باسمه إلا زيد بن حارثة . وعن الواقدي : قال خرج زيد بن حارثة أميرًا في سبع سرايا قال رسول اللّه ﷺ لزيد بن حارثة [يا زيد أنت مولاي ، ومني وإليّ ، وأحب القوم إليّ] جزء من حديث رواه أحمد في مسنده وروي عن عائشة ما بعث رسول اللّه زيدًا في جيش قط إلا أمَّره عليهم ولو بقي بعده استخلفه . النسائي وأحمد وصلى عليه النبي أي دعا له وقال [استغفروا لأخيكم قد دخل الجنة وهو يسعى] ابن عساكر وكان استشهاده في مؤته في جمادى الأولى سنة ثمان وهو ابن خمس وخمسين سنة . انظر : سير أعلام النبلاء 139/3 إلى 144 .

مِنْهُنَّ وَطَرًاۚ وَكَانَ أَمْرُ ٱللَّهِ مَفْعُولًا ﴾ [1] ، وقال : ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْۖ ﴾ [2] ، ثم قال : ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ ﴾ [3] . وبهذا النظام الأساسي بطل التبني من أساسه فبطل ما ترتب عليه من تحريم وخلافه ، فالتبني لا يفيد تحريم الزواج إطلاقًا ، إنما الذي يفيده الاستلحاق وهو الإقرار بالنسب ، وهو لمجهول النسب وليس بتبنٍّ كما سبق .

بند [115] القانون الفرنسي

معافاة ممكنة من التحريم . يجوز لرئيس الحكومة بناء على طلب وزير العدل وبعد أخذ رأي النائب العام السماح بالزواج بين عم وبنت أخيه ، وعم كبير وبنت ولد أخ ، وعمة وابن أخيها ، وعمة كبيرة وابن ولد الأخ ، ومخالفات القانون في المحرمات المذكورة غير جمع زوجتين توجد فاحشة بين أقارب (زنى ذوي القرابة) ، وهو ليس جناية ولا جنحة ، وعقوبته مدنية محضة وهي إلغاء الزواج [4] .

بند [116] التشريع الإسلامي

المحرمات المجمع على تحريمها المذكورة في أساس التشريع في الكتاب الكريم أو السنة الصحيحة لا يمكن لمخلوق الاجتهاد فيها ، وما ذكر من محرمات النساء وردت بالنص فلا يمكن لمخلوق أن يحل ما حرم اللّٰه .

أما مخالفة المحرمات فلا تسمى جنحة ؛ لأن هذا اصطلاح وضعي ، وإنما يقال له قد ارتكب محرمًا ، والمحرمات تزال بحكم الحاكم فيجب التفريق بين الزوجين ، ثم الحكم عليهما بالحد الشرعي متى توفرت أركانه وشروطه والترافع بهذا ونحوه واجب حسبة على كل مسلم أن يدعيه ، ويطلب التفرقة وإقامة الحد ، ومتى قام به البعض سقط عن الباقين ، فهو حق عام لحفظ أصول الدين وإزالة المنكر ، وليست المسألة بطلان العقد فقط كما تري [5] .

---

(1) سورة الأحزاب الآية رقم 37 . (2) سورة الأحزاب الآية رقم 4 .

(3) سورة الأحزاب الآية رقم 6 .

(4) انظر : بند 164 في الباب الأول من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 42 .

(5) جاء في الشرح الكبير 251/2 أن عقد النكاح الصحيح يوجب الحرمة ، وكذا الفاسد على النحو الذي قد أشار إليه المؤلف ، وهو محل إجماع بين فقهاء المسلمين لثبوته بالنصوص .

بند [117] القانون الفرنسي

يوجد فيما عدا ما ذكر من الشروط والقواعد العدة ، (وهي خلو الرحم من الحمل من الزواج السابق) ، والقاعدة أن المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها لا يجوز لها أن تتزوج ثانيًا إلا بعد مضي (300) ثلاثمائة يوم كاملة من انحلال الزواج ، وتبدأ العدة من يوم قرار التفريق الجسماني بين الرجل والمرأة وهو القرار التمهيدي للطلاق ، فمتى انتهى النطق بالطلاق وقد مضت العدة بين الحكمين فتتزوج المرأة مباشرة ، وإذا وضعت بعد الحكم بالطلاق فلا عدة عليها ، ولا عدة على الرجل مطلقًا (1) .

بند [118] القانون الروماني

في القانون الروماني أن الزوجة إذا كانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها وجب عليها قضاء العدة قبل الزواج الثاني وهى عشرة أشهر منعًا لاختلاط الأنساب (2) .

بند [119] التشريع الإسلامي

العدة شرط من شروط صحة الزواج ، فيجب على المطلقة المدخول بها أو التي اختلى بها زوجها خلوة شرعية صحيحة أو المتوفى عنها زوجها قضاء العدة قبل الزواج الثاني ، وقد نظر المشرع إلى أن العدة يقصد بها تعرُّف براءة الرحم ، ففصل العدة بالنسبة للمرأة ، وقصرها على مواضعها بلا إجحاف بالمرأة ولا تضييع لحقوق الزوج حيًّا و ميتًا ، وبيان ذلك :

1 - أن عدة الحرة والأمة من طلاق أو وفاة في حالة الحمل وضع الحمل .

2 - وعدة الحرة والأمة الآيستين (وهما من بلغتا سنًّا لا تحمل فيه ، وقطعت عادتهما ، وقدر بـ 55 سنة أو نحو ذلك من عمرها) ؛ وكانت العدة من طلاق ؛ ثلاثة أشهر .

3 - وعدة الحرة والأمة اللتين لا تحيضان لصغر أو عادة من طلاق ثلاثة أشهر .

4 - وعدة الحرة التي تحيض ، من طلاق ثلاثة أطهار بعد الحيض ، والأمة طهْران .

5 - وعدة الحرة المستحاضة التي لا ينقطع عنها الدم من طلاق سنة كاملة ،

---

(1) انظر : بند 296 من الباب الرابع من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 69 .

(2) انظر : الباب العاشر ، من الكتاب الأول (في النكاح الصحيح) من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ص 20 - 24 .

وكذا المستحاضة غير المميزة ، ومن تأخر حيضها لغير رضاع حرة أو أمة فعدتها سنة كاملة ، أما المستحاضة المميزة فعدتها من الطلاق ثلاثة أطهار والأمة طهران .

6 – وعدة الحرة التي تحيض من الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام ، والأمة شهران [1] وخمس ليال ، فترى حكم القوانين الوضعية لا تمييز فيه بين صغيرة ولا كبيرة ، ولا بين مطلقة أو متوفى عنها ، ولا من ترى الحيض ولا من لا تحيض ، مع أن علة مشروعية العدة تَعَرُّف براءة الرحم ، فجرى التشريع الإسلامي على تعرف البراءة وجودًا وعدمًا ، فهو تشريع سماوي لا ظلم فيه ولا إرهاق ، ومن أدرى بحالة عباده ممن خلقهم ؟ .

بند [120] إعلان الزواج

القانون الفرنسي : الإجراءات المطلوبة لإجراء عقد الزواج ثلاثة أنواع : قبله ، ومعه ، وبعده ، وجميع ذلك يكوِّن إعلان الزواج [2] .

الإجراءات التي تتقدم الزواج

أولًا – النشر ، وهو إعلان للعامة يتضمن مشروع زواج بين شخصين ، والغرض منه :

1 – طلب المعارضات للزواج من جانب أصحاب الحقوق في ذلك .

2 – إيجاد السبيل لمن يعلم شيئًا يمنع هذا الزواج للإدلاء به .

ويتكوَّن النشر من لصق إعلان على باب محل العمدية يحوي الأسماء ، والصنعة ، ومحل الإقامة ، وسكن طالبي الزواج ، وكذا الرشد والقصر ، ومحل إعلان الزوج ، واليوم ، والساعة ، والمكان الذي تم فيه النشر .

ويكتب هذا الإعلان في سجل خاص منمر موقعا عليه من القاضي يوضع في نهاية كل سنة بقلم كتاب المحكمة المدنية التابع لها القسم الإداري ، ويلصق الإعلان في أي يوم من الأسبوع .

ويجب أن يبقى الإعلان عشرة أيام خلاف يوم الإعلان ، فلا يتم عقد الزواج

(1) جاء في حاشية الدسوقي 475/2 أن المعتدة الحرة غير الحامل المتوفى عنها تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام .... وجاء في الشرح الكبير 476/2 : أن عدة الوفاة للأمة شهران وخمس ليال ...

(2) انظر : البنود من 63 إلى 76 في الباب الثالث ، من الكتاب الثاني من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 18 ، 19 ، 20 ، 21 .

قبل مضي عشرة أيام ، ويعمل بهذا الإعلان لمدة سنة ، فإن مضت السنة ولم يتم عقد الزواج وجب الإعلان من جديد ، والنشر يكون في محل إقامة كل من طالبي الزواج أو محل سكنه ، ويجب الإعلان مرتين في الحالتين الآتيتين :

أولًا – إذا كان محل الإقامة الحالي لم يمض عليه ستة أشهر فيعلن أيضًا في محل الإقامة السابق إذا مضى فيه طالب الزواج ستة أشهر ، وإلا فمحل الولادة .

ثانيًا – إذا كان أحد المتعاقدين أو هما غير رشيد فيعلن أيضًا في محل إقامة الوصي أو الولي ، وعلى كاتب الإشهادات مباشرة الإعلان الثاني بواسطة الموظف المختص في المكان الثاني ، وعلى هذا الأخير إرسال شهادة للمختص بتسجيل عقد الزواج بعدم وجود معارضة من أحد في دائرة اختصاصه ، ويجوز المعافاة من الإعلان ومن المدة (10 أيام) بأمر النائب العام ، ويكون عقد الزواج في الحال لأسباب قاهرة .

والعقاب المترتب على عدم النشر هو استحالة إتمام عقد الزواج من الموظف المختص ، فإن خالف وأجرى العقد فلا يكون العقد محل إلغاء ، ويغرم الموظف 300 فرنك ، وعلى الطرفين غرامة تناسب ماليتهما .

ثالثًا – تقديم بعض أوراق إلى مسجل إشهاد الزواج ، وهي :

أولًا – شهادة الميلاد لكل من الطرفين تكون مستخرجة لثلاثة أشهر فأقل إذا كان استخراجها من فرنسا ، وستة أشهر إذا كان استخراجها من الخارج بواسطة ممثل فرنسا . ومن يستحيل عليه الحصول على شهادة الميلاد فيستعيض عنها بإشهاد أمام قاضي الصلح التابع له محل ولادته بشهادة سبعة أشخاص مصدقا عليه من المحكمة المدنية التي يتبعها محل إعلان الزواج .

ثانيًا – إشهاد بقبول وإذن الأقارب ، إذا حضر الأقارب المطلوب إذنهم مجلس العقد كفى إذنهم فيه ، وإذا لم يحضروا وجب الحصول على إذنهم بالزواج في إشهاد ، أو عمل تبليغ لهم بمشروع الزواج .

ثالثًا – شهادة وفاة الأب والأم والأجداد والجدات المطلوب إذنهم في الزواج إذا كانوا متوفين .

رابعًا – إشهاد بحل الزواج السابق سواء بشهادة وفاة الزوج السابق أو حكم الطلاق إذا كان مطلقًا .

خامسًا ، وسادسًا ، وسابعًا – شهادة بمخالفة القانون إذا كان ، شهادة بحصول الإعلان القانوني ، شهادة بعدم حصول معارضة ، أو شهادة بمنع التعرض بعد الفصل .

ثامنًا – شهادة من مسجل العقود الذي سجل عقد ترتيب أملاك الزوجين إن كان تم ذلك .

الإجراءات التي ترافق عقد الزواج :

1 – يباشر تسجيل الزواج بشروطه موظف مختص دون غيره أيا كان ، فلا ينعقد حتى ولو كان أمام مسجل العقود المدنية .

2 – لابد أن يكون الموظف للأحوال الشخصية مختصًا في دائرته لتسجيل عقد الزواج .

3 – لابد أن يكون إتمام العقد وإعلانه بمنزل العمدية في أي يوم ولو عطلة متى اتفقا ، وفي الساعة التي يحددها الموظف ، ويجوز مخالفة ذلك للضرورة بأمر النائب العام .

4 – لابد أن يكون الزواج علانية وعامًا ، فَتُفْتَح حجرة العقد لأي داخل ، ولابد من حضور طرفي العقد بأشخاصهما لإتمام العقد غير ما نص عليه في قانون سنة 1915 .

5 – حضور شاهدي العقد : واحد من جانب الزوج ، وواحد من جانب الزوجة ذكورا أو إناثا ، فقط يكونان راشدين أيا كانا .

عقد الزواج نفسه : يكون عقد الزواج على الترتيب الآتي :

1 – يقرأ الموظف المختص الأوراق المقدمة من مريدي الزواج ثم م 212 و 213 و 214 من القانون المدني (8/9 سنة 1919) .

2 – يسأل طرفي العقد ومن حضر معهما من الأقارب إن كانوا سجلوا عقدًا بأملاكهما أم لا .

3 – يسأل الأقارب عن إذنهما بالزواج أم لا .

4 – يسأل أحد الزوجين هل يريد أن يكون زوجًا للآخر الحاضر ، ويسميه (فلان) فيجيب نعم ، ثم يسأل الأخر فيجيب نعم .

5 – ينطق الموظف المختص (إنهما صارا زوجين) ، وبعد هذا الكلام قد وجد الزواج – ولو لم يحرر العقد في السجل – فتترتب عليه آثاره من جميع الوجوه .

ويجوز التوكيل في الزواج لمن تحت السلاح أو للأسارى في البر والبحر والجو ،

وأن يكون الوكيل ممن تصح شهادته وأن يكون رجلا .

الإجراءات التي تتبع بعد الزواج : يجب على الموظف المختص تحرير عقد الزواج في نفس الجلسة ليكون دليلا على الزواج ، ويشتمل عقد الزواج على البيانات الآتية :

1 - الأسماء ، والألقاب ، والسن ، ومكان الولادة ، ومحل إقامة الزوجين .

2 - يذكر إن كانا رشيدين أو أحدهما أو قاصرين .

3 - الأسماء ، والألقاب ، والصناعة ، ومحل الإقامة للآباء والأمهات .

4 - سماح من لهم حق الإذن بالزواج حسب نص القانون مع التنويه المنصوص عليه في المادة 151 مدني إذا كان حصل ذكر المعارضات ورفعها إذا كان حصل أو عدم حصولها .

5 - أسماء ، وألقاب ، وعمر ، وصناعة ، وسكن الشهود ، وأنهم أقارب أو أصهار ، ومن أي ناحية ودرجة القرابة .

6 - إقرار المتعاقدين بزواجهما وإقرار مسجل الإشهاد باسم القانون أن الزواج وجد .

7 - أجوبة الأسئلة الموجهة من مسجل عقد الزواج عن عقد تنظيم الأموال بين الزوجين إذا وجد ، وتاريخه ، واسم من سجله ، وعنوانه .

بند [121] التشريع الإسلامي

يستحب إعلان الزواج وإشهاره بإطعام الطعام عليه لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « أفشوا النكاح ، واضربوا عليه بالدف » [1] وليس ذلك شرطًا في صحة عقد الزواج ، فلو لم يعلم بالزواج إلا الزوجان ، ووكيل كل أو وكيل الزوجة أو وليهما أو ولي أحدهما ، والشاهدان لصح العقد ، ولهذا لم يرتب المشرع الفرنسي بطلان العقد أو قابليته للإلغاء على عدم إعلان الزواج ، وأما قبول الأقارب وحل الزواج السابق فهو شرط في صحة العقد كما تقدم [2] .

---

(1) البخاري كتاب النكاح باب 48 ، كتاب النسائي النكاح باب 72 .

(2) جاء في حاشية العدوي مع الخرشي 164/3 أن المرأة لا يصح مباشرتها العقد على الأنثى رغم الاعتراف بأن لها ولاية التوكيل دون المباشرة في مسائل ثلاثة أشار لها بقوله : ووكلت مالكة ووصية ومعتقة . والمعنى أن المرأة المالكة توكل حرًا ذكرًا يباشر عقد مملوكتها وكذلك المرأة الوصية توكل رجلًا يعقد على من هي في إيصائها .
وجاء في حاشية الدسوقي 230/2 أن لها أن توكل رجلا مستوفيًا للشروط السنة المعتبرة في الولي المباشر لعقد الأنثى وإنما وكلت من ذُكِر لأن لكل منهن حقًا في ولاية النكاح ولا يصح مباشرتها له ... وكذا فإنه لا بأس =

ولا يشترط في صحة عقد الزواج كونه أمام موظف مختص ، ولا بمنزل العمدية ، ولا كون أحد الشاهدين من جانب الزوج والآخر من جانب الزوجة ، ولا يشترط أن ينطق الموظف (إنهما صارا زوجين باسم القانون) ، بل بمجرد تمام صيغة الزواج الدالة على الإيجاب والقبول أو الرضا المتبادل تم الزواج ووجد .

ويصح التوكيل في الزواج من الذكر والأنثى وإن كانا في مجلس العقد ، وليس بشرط أن يكون الزوج تحت السلاح ، ولا بد أن يكون الوكيل ذكرًا ممن تصح شهادته (عاقلًا بالغًا إلخ) ، ولا يشترط لصحة العقد تحرير الوثيقة في مجلس العقد بل الوثيقة جُعِلَت دليلًا كتابيًا على وجود الزواج إن كان الزواج موجودًا في ذاته تترتب عليه آثاره بمجرد إتمام صيغتي الإيجاب والقبول ، وفي مذهب أبي حنيفة يصح الزواج بحضور الزوجين الرشيدين وشاهدي العقد فتزوج الأنثى نفسها (زوجتك نفسي) ، ويقبل الزوج (قبلت زواجك) أمام الشاهدين [1] .

بند [122] إعلان الزواج في القانون الدولي

القانون الفرنسي : ينحصر هذا في موضعين :

1 - زواج الفرنسيين في الخارج . 2 - زواج الأجانب في فرنسا .

أولًا - زواج الفرنسيين في الخارج ، إذا تزوجا في أي بلد أجنبي فعليهما اتباع القوانين المحلية لإعلان زواجهما ،وإن تزوجا أمام ممثل فرنسا السياسي أو القنصلي المسموح لهم بسماع إشهادات الزواج والمختصين ؛ فللطرفين الخيار في إتباع إحدى الطريقتين التي توافقهما . إذا أُعْلِن زواج الفرنسيين في الخارج وجب إعلانه في فرنسا طبقًا للمادة 170 قانون مدني لكي يتجنب الفرنسيون المتزوجون في الخارج مخالفة موضوع القانون الفرنسي في الخارج ، أما الشكل فيتبع القانون المحلي .

= أن يوكل الرجل نصرانيًا أو عبدًا أو امرأة في عقد نكاحه ... حاشية الدسوقي 231/2 .

(1) جاء في بدائع الصنائع للكاساني 231/2 أنه لا خلاف في أن النكاح ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي كقوله زوجت وتزوجت وما يجري مجراه ، وأما بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل كما إذا قال ... لها زوجيني وأنكحيني نفسك فقالت زوجتك أو أنكحت ينعقد استحسانًا وقد نص الكاساني على أن الشهادة من شرائط ركن العقد ، وركنه هو الإيجاب والقبول بدائع الصنائع 377/2 وجاء في الفتاوي الهندية 271/1 : ولو قالت امرأة عرّستك نفسي فقال : قبلت يكون نكاحًا هكذا في فتاوى قاضيخان . ولو قالت المبانة رددت نفسي إليك فقال الزوج : قبلت بحضرة الشاهدين يكون نكاحًا . كذا في محيط السرخسي .

وإذا خالف الطرفان ولم يعلنا فقيل : إن العقد صحيح ، وقيل : يجوز إلغاؤه ، وقيل : إن كان لترك إذن الأقارب صح إلغاؤه .

ومتى عاد الطرفان إلى فرنسا وجب عليهما تسجيل عقد زواجهما في سجل الزواج الخاص بمحل إقامتهما في مدة ثلاثة أشهر من عودتهما ، ويُؤَشَّر على هامش سجل ولادتهما بما يفيد تسجيل عقد زواجهما ليكون دليل الزواج .

ثانيًا – زواج الأجانب في فرنسا ، لهم الخيار كالفرنسيين في الخارج إما أمام ممثلي بلادهم السياسي أو القنصلي ، وإما أمام مسجل عقود الزواج التابع له محل إقامتهما ، وحينئذ يطبق القانون المحلي [1] .

بند [123] التشريع الإسلامي

الشريعة الإسلامية لا تتعرض لزواج النصارى واليهود ولو خالف ذلك ما هو محرم فيها كزواج الأخ لبنت أخيه ، ما داموا لم يخرجوا عن مقتضى واجب العهد . وأما زواج المسلمين في بلاد أخرى فيجب لصحة زواجهم أن يكون مطابقًا لتشريع دينهم مجتمعًا فيه أركانه وشروط صحته .

بند [124] المعارضة في الزواج

القانون الفرنسي : المعارضة في الزواج عمل يتقدم به بعض أشخاص محددين قانونًا لمنع موظف تسجيل العقود المدنية من سماع إشهاد الزواج .

وفرق بين المعارضة في الزواج والتبليغ البسيط الذي يتقدم به أي شخص كان ليطلع الموظف المختص عما يمنع الزواج . وللموظف الحق في عدم المبالاة به ويعلن الزواج ، وأما المعارضة فتُقَدَّم من بعض أشخاص ، ويجب على الموظف المختص بعقد الزواج الخضوع وعدم مباشرة عقد الزواج وتأجيله حتى يفصل في المعارضة .

والذين يملكون حق الاعتراض هم :

1 – أحد راغبي الزواج .

2 – من لهم على أحد الزوجين ولادة .

---

(1) انظر : بند 47 ، 48 ، في الباب الأول من الكتاب الثاني البند 170 ، 171 في الباب الثاني من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 14 ، 15 ، ص 43 .

3 - الأقارب الحواشي وهو من تجمعك به ولادة .

4 - الوصي أو القيم .   5 - النائب العام .

أولًا - لأحد راغبي الزواج المعارضة إذا كان الطرف الآخر لازال متزوجًا لم يحل زواجه .

ثانيًا - من له على أحد طالبي الزواج ولادة ، للأب والأم حق المعارضة في الزواج ، فإن انعدموا انتقل حق المعارضة إلى أجداد وجدات طالبي الزواج ، فإن عدموا انتقل إلى من يليهم ، وهكذا درجة بعد درجة ، ويقدم الحق للذكور من الدرجة الواحدة ثم النساء .

وليس عليهم بيان السبب ، بل للمحكمة المدنية تقديره عند نظر الموضوع ، ومتى قررت المحكمة رفض الموضوع فلا تقبل معارضة أخرى ، ولا يؤخر إعلان الزواج عن موعده .

ثالثًا - الأقارب الحواشي لهم حق المعارضة في الزواج بشرط عدم وجود أصل لطالبي الزواج ، والحواشي هم الأخ والأخت ، والعم أو العمة ، وبنت العم أو ابن العم الشقيق ، ويشترط فيهم كونهم راشدين ، ويشترط :

أولًا - عدم وجود رضا وقبول مجلس العائلة .

ثانيًا - جنون أو عَتَه أحد طالبي الزواج .

رابعًا - الوصي والقيم لهم الحق في المعارضة كما للأقارب الحواشي وللسببين عينيهما .

خامسًا - النائب العام ، في تدخل النائب العام ، ثلاثة آراء :

أولًا - له الحق في المعارضة ما دام يحافظ على القانون وعلى الصالح العام ، فهو مكلف بالترتيبات القضائية محافظة على القانون .

ثانيًا - له الحق في المعارضة ما دام لم ينفذ شرط عقد الزواج الذي يترتب عليه الإلغاء المطلق (مادة 148 و 191) .

ثالثًا - ليس للنائب العام أي حق في المعارضة في الزواج ، لأن حق المعارضة مستثنى من القواعد العامة ؛ فلا يتوسع فيها لتشمل النائب العام [1] .

---

(1) انظر : البنود من 172 إلى 179 في الباب الثالث ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 43 ، 44 .

بند [125] التشريع الإسلامي

المعارضة في الزواج عمل يقوم به بعض أشخاص لمنع إتمام عقد زواج أو لفسخه ، ويكون المنع من ولي مجبر وغير مجبر ، فالولي المجبر لا يعد عاضلا (مانعًا) لمجبرته برده لكفئها ردًّا متكررا إلا إذا تحقق منعه بغير حق فيؤمر بالتزويج ، فإن لم يفعل زوج عليه الحاكم ، ولابد من إذنها بالقول ولو زوجها الحاكم [1] .

والولي غير المجبر إن منع موليته من الزواج من كفء رضيته أو دعيت إليه أو اختار الولي غيره سأله الحاكم عن وجه امتناعه ، فإن وجد صوابًا أنفذ رده ، وإلا أمر بتزويجها من الكفء الذي رضيته أو طلبها ، فإن امتنع زوجها الحاكم .

ومعلوم أن الزواج يوجد بالإيجاب والقبول بشاهدين ، وليس بلازم أن يعلن مسجل العقود وجوده فقط (للمأذون) مسجل العقود الزوجية الامتناع عن إثباته أو إجراء صيغة العقد متى فقد شرط نظامي مما أمروا باتباعه ، فيرفع الأمر إلى القاضي الشرعي فيفصل فيه إما بالأمر بإثبات العقد ، وإما بالمنع حتى يزول المانع .

والذين يملكون حق الاعتراض هم :

أولًا – لأحد طالبي الزواج المعارضة والممانعة في عقد الزواج إذا وجد مانع شرعي أو مانع شخصي كعدم قبول الزواج من شخص معين – وكان الولي غير مجبر أو كان مجبرًا وتحقق عضله . وليس المراد هنا بالمعارضة التي يقصدها المشرع الفرنسي فليست موجودة إلا إن اعتبرنا أن المأذون هو مسجل العقود ، وتوسعنا بالمعارضة لتشمل عدم القبول .

ثانيًا – العصبة ، وهم من له على طالبي الزواج ولادة ، أو يجتمع معهم في أصل واحد فيشمل الإخوة وبنيهم والأعمام إلخ .

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 232/2 أنه لا ينتقل بسبب امتناعه من تزويجها لكفئها الحق للأبعد ... وخالف في ذلك ابن عبد السلام فقال : إنما يزوجها الحاكم عند عدم الولي غير العاضل ، وأما عند وجوده فينتقل الحق للأبعد؛ لأن عضل الأقرب واستمراره على الامتناع صيره بمنزلة العدم ، فينتقل الحق للأبعد ... ولا يعد الأب المجبر عاضلًا لمجبرته برده لكفئها ردًّا متكررًا ، وذلك لما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على بنته ولجهلها بمصالح نفسها ... ويأمره الحاكم بالتزويج ، فإذا امتنع منه بعد أمره به زوجها الحاكم دون أن يسأله عن وجه امتناعه ؛ إذ لا معنى للسؤال مع تحقق العضل ، وقد تقدم أن من عُضِلَت لا بد من إذنها بالقول .

1 - والولي المجبر هو الأب في البكر ولو عانسا (أي كانت مُسنة) إلا إذا رشدها أو أطلق الحجر عنها ، أو أقامت ببيت زوجها سنة فأكثر فلا جبر ، وفي الثيب الصغيرة أو الثيب التي زالت بكارتها بعارض أو بزنا ، ولو ولدت ، فله الجبر ، وفي المجنونة إلا أن تفيق فتنظر .

2 - والولي المجبر وصي الأب أيضًا الذي أمره الأب بالجبر ، أو عين له الزوج ، أو أطلق له التصرف في إنكاحها كما يشاء فله الجبر .

3 - والولي المجبر أيضًا السيد في رقيقه ولو أنثى ، ويشترط في الولي العاصب أن يكون ذكرًا حرًّا بالغًا عاقلًا ، إلا في جبر السيد رقيقه فيصح للمرأة ، ولكن توكل غيرها لتولي العقد .

والولي غير المجبر ما عدا هؤلاء الثلاثة فلهم حق الاعتراض أيضًا ، ولكن الترتيب بينهم ليس بشرط ، فيقدم الابن فابنه فأب فأخ فابنه فجد فعم فابنه فجد أب فعَمّه فابنه ، والأولى تقديم الشقيق إلخ . فلو زوج أب غير مجبر مع وجود ابن صح ، ولا اعتراض للابن ، ووصي غير الأب أو وصي الأب غير المجبر مرتبته كمرتبة الأخ أو الأب غير المجبر فينطر لمصلحة القاصر .

الحق العام : يجب على كل مسلم أن يتدخل حسبة في الاعتراض على الزواج ورفعه للحاكم لمنع وقوعه كزواج خامسة أو محرمة إجماعًا ، ومتى قام به البعض سقط عن الباقين ، وبما أن ولي الأمر قد نصب نوابًا ووكلاء نواب يقومون بالدفاع عن الحق العام فيجب عليهم متى علموا بمخالفة لأصول الشريعة المجمع عليها استصدار حكم بمنعه ، فإن لم يقم به قام به أي مسلم ، وأبلغه إلى القاضي الشرعي ؛ فيمنع وقوع الزواج [1] .

---

(1) جاء في الشرح الكبير 164/4 أن الشهادة إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه 164/4 ويتخذ الحاكم من يخبره من أهل الأمانة والصلاح بما يقال في سيرته من خير أو شر فيحمد الله في الأول ويتنحى في الثاني أو يبين وجه الحق للناس وبما يقال في حكمه وشهوده ليعمل بمقتضى ذلك من إبقاء أو عزل أو أمر أو نهي . الشرح الكبير 132/4 ، وإنما يخبر الحاكم من يتخذه عن حال الشهود سرًّا فيما بينهما بحال شهوده الملازمين له ليشهدوا على أحكامه وعلى إقرار الخصوم ، ويستنيبهم في بعض الأمور لسماع الدعاوى 138/4 .

بند [126] نتائج المعارضة

القانون الفرنسي [1] : متى قدمت المعارضة على يد محضر ، وأعلنت مستوفاة شروطها القانونية إلى مسجل عقود الزواج المختص وجب عليه الامتناع عن إتمام العقد حتى ولو كانت المعارضة غير حقيقية ، وإن خالف يغرم 300 فرنك ، ويلزم بالتعويض لمن أصابه ضرر . وإن كانت المعارضة غير قانونية فالموظف في مباشرة العقد أوّلا .

وترفع المعارضة وديا أو بواسطة محكمة محل إعلان الزواج المدنية في مدة عشرة أيام للضرورة ، فإن استؤنف الحكم فلا يباشر الموظف المختص عقد الزواج حتى يفصل في الاستئناف .

بند [127] التشريع الإسلامي

متى حصل اعتراض يرفع الأمر إلى القاضي ، فإن وجده مانعا من الزواج أمر بالمنع خصوصا المأذون فيأمر بعدم إجرائه وإثباته ، وإن وجد أن الاعتراض لا يمنع الزواج شرعا أجاز الزواج ، وأمر مسجل العقود الزوجية (المأذون) بمباشرته ، ولا داعي إلى هذا التطويل الذي لا فائدة فيه .

بند [128] إلغاء الزواج

القانون الفرنسي : مانع الزواج ، هو السبب القانوني الذي يكون عقبة في سبيل زواج شخصين ، وهو ما يحدث عند تخلف شرط مطلوب قانونًا [2] .

وموانع الزواج قسمان :مانع تحريمي ، ومانع فاسِخ .

فالمانع التحريمي هو ما يحرِّم على الموظف المختص إعلان زواج ، فإن خالف مع وجودها وتمم العقد وقع الزواج صحيحًا قانونًا ، وإن وقع هو تحت طائلة العقاب ، والعقد ليس قابلًا للفسخ .

والمانع الفاسخ أو المبطل هو ما يمنع الزواج ، ومخالفته تبطل العقد .

---

(1) انظر : البنود من 176 إلى 179 في الباب الثالث ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 44 .

(2) انظر : البنود من 180 إلى 202 ، في الباب الرابع ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 45 : 49 .

الموانع المحرِّمة :

أولًا – عدم ملاحظة مدة تعرف خلو الرحم (عدم انقضاء العدة) للمطلقة أو المتوفى عنها زوجها .

ثانيًا – عدم إرسال التبليغ المنصوص عليه في م 151 .

ثالثًا – عدم الإعلان عن الزواج .

رابعًا – وجود معارضة في الزواج ممن لهم هذا الحق .

خامسًا – عدم إذن الرئيس المطلوب إذنه من رجال الجيش للجندي الذي تحت السلاح .

الموانع الملغية :

1 – اتحاد الزوجين في الجنس (رجلان أو امرأتان) .

2 – انعدام إرادة الزوجين .

3 – انعدام إعلان الزواج أمام مسجل عقود الزواج

4 – عدم انفساخ زواج سابق (أو الجمع بين امرأتين في عصمة واحدة) .

5 – وجود قرابة عصبية أو سببية محرِّمة بالقانون .

6 – عدم وجود السن المطلوبة للزوجين بموجب القانون .

7 – عدم الإعلان عن الزواج وعقده أمام مسجل عقود الزواج غير المختص .

8 – عدم رضاء من يجب الحصول على إذنه بالزواج من الأقارب .

9 – عدم إرادة أحد الزوجين .

بند [129] مانع الزواج

التشريع الإسلامي : مانع الزواج هو تخلف ركن أو شرط صحة في العقد ، فهو السبب الشرعي المانع من الزواج ، وموانع الزواج إما فقد ركن أو ترك شرط ، ففقد الركن مبطل للعقد ، وفقد الشرط يجعل العقد قابلًا للفسخ [1] ، ويصح أن يقال :

---

(1) جاء في المدونة الكبرى 160/2 أن الشروط التي يفسد بها النكاح في قول مالك ليس لها حد . قال ابن القاسم ، وقال مالك : من تزوج امرأة على شروط تلزمه ، ثم إنه صالحها أو طلقها تطليقة فانقضت عدتها ، ثم =

إن زواج العسكري غير جائز نظامًا بدون إذن وإن كان صحيحًا شرعًا غير أن مسجل العقود مقيد بمراعاة ذلك ، فلو خالف وأجرى العقد وسجله في سجله صح العقد ، ويكون المأذون عرضة للمحاكمة (فهذا مانع تحريمي) .

الزواج ينعقد صحيحًا تترتب عليه آثاره متى استوفى أركانه وشروطه ، ومن أركانه الطرفان المتعاقدان ، ويشترط في المرأة أن تكون خالية من الأزواج ومن عدتهم ، فإن العدة من توابع النكاح السابق ، وقد شرعت لتعرُّف براءة الرحم منعًا لاختلاط الأنساب ، فالولد ينسب للفراش القائم أو يلحق بالفراش السابق متى وضع في المدة القانونية فيقع نكاح المعتدة باطلًا ، فانقضاء العدة شرط في صحة عقد الزواج .

ولكن للأسف الشديد الشريعة الوضعية لم تجعل انقضاء العدة شرطًا في صحة عقد الزواج اللاحق ، بل العقد يصح ولو لم تنقض العدة ، ولا ندري كيف ينسب الولد لصاحب الفراش مع أن العلوق به كان من الفراش السابق ، وفي هذا من المفاسد في النظم الاجتماعية ما يقوض أركانها في أساس العائلة الشرعية والأولاد ، وأما الإعلان عن الزواج فهو مستحب لكن ليس كطريقة الإعلان الوضعية ، بل المراد بها كثرة العارفين بالزواج . فقط يجب إعلان الزواج بحضور شاهدي العقد أو شاهدي الدخول . فإن عُقِد الزواج ودخل الزوج بلا شهود يُفْسَخ النكاح لعدم صحته ، وأما حصول معارضة ممن لهم حق المعارضة ، فإن كان وليًّا مجبرًا فلا يصح العقد إذا تولاه غيره إلا لسبب شرعي صحيح كأن كان عاضلًا أو غائبًا غيبة بعيدة ، وإن كان وليًّا غير مجبر ، ولم يأذن بالزواج ، وعقد ولي آخر متأخر عنه في المرتبة صح العقد .

وأما عدم إذن الرئيس العسكري فهو شرط نظامي يصح العقد بدونه . لا ينعقد الزواج بين ذكرين ولا بين أنثيين ، بل يجب أن يكون بين ذكر وأنثى بإرادتهما

= تزوجها بعد ذلك بنكاح جديد قال مالك : يلزمه تلك الشروط ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء ، قال : وإن شرط في نكاحه الثاني أنه إنما ينكح على أن لا يلزمه من تلك الشروط شيء فإن ذلك لا ينفعه وتلك الشروط لازمة . وجاء في مواهب الجليل للحطاب 429/3 أن أركان النكاح أربعة ... أما الولي والزوجة والزوج والصيغة فلا بد منها ، ولا يكون نكاح شرعي إلا بها ، لكن الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان ، والولي والصيغة شرطان ، وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونها ، غاية الأمر أنه شرط في صحة النكاح .

واختيارهما ، فلو انعدمت إرادة الطرفين معًا لم يوجد عقد الزواج – حتى ولو أجازاه بعد العقد وهما المفتات عليهما معًا – فلو انعدمت إرادة أحد الطرفين؛ وكان رضاء المفتات عليه قريبًا ؛ ورضيت بالقول ؛ ولم يحصل رد الزواج قبل الرضا منها ؛ وأن تكون بالبلد حال الافتيات والرضا ، ولم يقر الولي بالافتيات حال العقد ، ولم يكن الافتيات عليهما معًا صح العقد متى وجدت هذه الشروط .

ويصح عقد الزواج بدون حضور (المأذون) مسجل عقود الزواج . نعم منع الوالي قضاته من سماع دعوى الزوجية بدون وثيقة رسمية تصدر على يد أي مأذون أو أمام أي محكمة شرعية لكن هذا لا يقدح في صحة العقد ، ولا في وجوده ، ولا يبطله ؛ فتترتب عليه آثاره من نسب ، وولادة ، ومصاهرة ، وحل وتحريم إلخ . وعلة المنع أن الزمن قد فسد أهله ، وأصبح شهود الزور متوافرين ويجيدون أداء الشهادة بغير الحق ، وكثرت الدعاوى بحق وبباطل فقطع المشرع عليهم الطريق ، وسد باب شهادة الزور في الزواج لما يترتب عليها من أثر في الحياة ، فمنع سماع دعوى الزوجية بدون مسوغ قانوني (إشهاد الزواج الرسمي من أي جهة شرعية مأذون أو محكمة شرعية في محل الإقامة أم لا) وكذلك الحكم فيما إذا كان سن الزوجين أقل من المقدر قانونًا ؛ لأن سن البلوغ في الزواج 15 سنة في مذهب أبي حنيفة ، وهو الجاري عليه العمل الآن بالديار المصرية ، فالعقد صحيح في ذاته . والذي دعا المشرع إلى تحديد السن أن الناس كانوا يزوجون بناتهم في سن مبكرة جدًّا وكذا ذكورهم ، فكانت الأنثى معرضة لأمراض كثيرة ، والذكر ينزف كثيرًا في أول إدراكه ، فكان لابد من تقييد ذلك للمصلحة العامة ، ولكن هذا التقييد لم تراع فيه حكمة التشريع وعوائد المشرَّع لهم ، فكان الواجب منع سماع الدعوى إلى سن 15 خمس عشرة سنة منعًا للمضار الناتجة من دور البلوغ . وقد سبق الكلام في هذا في تحديد السن فارجع إليه .

ولا ينعقد الزواج بين محرمين من جهة القرابة كعم وبنت أخيه ، أو المصاهرة كرجل وأم زوجته ، ولا بين محرَّمتي الاجتماع في عصمة واحدة كزوجة وبنت أختها أو بنت أخيها ، فيقع الزواج باطلا ؛ لأن شرط الركن – وهو الطرفان – ألا يكون الزواج بينهما محرمًا ، وكذلك يشترط في صحة الزواج إذن ورضاء الولي المجبر ، وهو الأب ، ووصيه ، والسيد في ملكه كما سبق فإن كان غير مجبر فلا يشترط إذنه ورضاه ، بل

للولي الأبعد أن يزوِّج مع وجود الأقرب بلا إذنه ولا رضاه [1] .

بند [130] أقسام الفسخ

القانون الفرنسي : الفسخ ثلاثة أقسام :

أولًا : عدم الوجود .

ثانيًا : الإلغاء المطلق .

ثالثًا : الإلغاء الخاص .

أولًا عدم الوجود : وهو الزواج الذي ليس له وجود قانونًا ، ويتميز بالآتي :

1 – ليس محتاجًا لكونه يلغى بعد وجوده ويكفي لمن يهمهم الأمر عند حصول معارضة في الإلغاء أو الوجود أن يرفع الأمر للمحكمة لتحقق عدم وجوده فقط فلا تصدر أمر الإلغاء حيث لا وجود له ، ولا يكون له في أي وقت وجود ولو مؤقتا ، ولا أية نتيجة قانونية تنتج عنه .

2 – كل شخص يهمه أمر الزواج يمكنه أن يحقق عدم وجوده .

3 – لا يمكن تغطية عدم الوجود لا بمرور الزمن ، ولا بإشهاد لاحق مثبت له .

وأحوال عدم وجود عقد الزواج هي :

1 – وجود جنس واحد (رجلان ، أو امرأتان) .

2 – عدم وجود رضاء مطلقًا من الطرفين .

3 – عدم وجود إعلان عن الزواج أمام المسجل العقود للأحوال المدنية .

ثانيًا : **الإلغاء العام** : وصفاته المميزة له تتمثل في منفعة الصالح العام فينتج ما يأتي :

أولًا – إن هذا الإلغاء يمكن لكل شخص يهمه الأمر أن يطلبه حتى النائب العام .

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 253/2 النص على تحريم الجمع بين محرمتي الجمع ... كأم وبنتها أو خالتها أو وبنت أخيها أو بنت أختها ... إن دخل لزمه المسمى ، وإلا فسخ قبل البناء ولا شيء لها لإقرارها بأنه لا حق لها ... والفسخ بلا طلاق لأنه مجمع على فساده . وجاء فيه النص كذلك على تحريم الأخوة . والأخوات وذريتهم وإن سفلوا . الشرح الكبير 251/2 .

ثانيًا – إن هذا الإلغاء لا يمكن أن يختفي بمرور الزمن أيا كان ، ويمكن طلبه في أي زمن .

ثالثًا – هذا الإلغاء لا يمكن تغطيته بأي عمل أو بتصحيح من الزوجين . وأسباب الإلغاء العام هي :

1 – جمع اثنتين في عصمة رجل واحد .

2 – صغر سن الزوجين أو أحدهما عن السن المقرر قانونًا .

3 – الزواج بالمحرمات قانونًا من قرابة أو نسب .

4 – عدم إعلان الزواج ، وعدم اختصاص موظف العقود المدنية . ويمكن عد صغر السن وعدم اختصاص موظف العقود من الأسباب المختلطة [1] .

بند [131] أقسام الفسخ

التشريع الإسلامي :

أولًا – عدم الوجود شرعًا ، وهو العقد الذي فقد أركانه أو أحدها ؛ فلا يعتبر موجودًا إطلاقًا ولا يترتب عليه أي أثر ، وقرار القاضي فيه (تقرير عدم الوجود) لو رفع الأمر للقضاء . وبيان عدم وجوده من الحقوق العامة ، فعلى كل شخص طلب بيان عدم وجوده ولو قام به البعض سقط عن الباقين ، ومهما طال الزمن على ظهوره فهو لا وجود له شرعًا ، وذلك كزواج ذكرين أو عند انعدام الاختيار .

وأما عدم إعلان الزواج أمام موظف فلا يبطل العقد ولا يجعله غير موجود ، بل العقد صحيح يترتب عليه آثاره ، وقد سبق الحديث في هذا .

ثانيًا – الإلغاء العام : وهو من الحقوق العامة أيضًا ؛ فيطلبه كل شخص من باب إزالة المنكر والمحافظة على أوامر الدين ، وهذا الإلغاء يكون قبل الدخول وبعده ولو طالت المدة فلا يختفي بمرور الزمن ، ولا يمكن إصلاحه .

وأسباب الإلغاء فَقْد شرط من شروط صحة العقد : كالإشهاد على عقد الزواج [2] أو

---

(1) انظر : البنود من 180 إلى 202 في الباب الرابع ، من الكتاب الخامس ، من تقريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 45 : 49 .

(2) جاء في الخرشي 168/3 أن الزوجين إذا دخلا بلا إشهاد فإن النكاح يفسخ بينهما بطلقة بائنة ، ولا حد على الزوجين لكون النكاح والدخول ظاهرا بين الناس .

عدم انقضاء العدة من نكاح سابق [1] ، أو فقد شرط من شروط الولي أو شرط من شروط الزوجين أو كان النكاح غير مقصود به التأبيد كالنكاح لأجل [2] إلخ ؛ فكل هذه العقود تلغى إلغاء عامًّا قبل الدخول وبعده ولو طال . فجمع خمسة في عصمة واحدة يوجب إلغاء عقد الخامسة مطلقًا [3] ، وتزوُّج أم زوجته أو بنتها [4] أو بنت أخيه مثلًا يوجب الإلغاء المطلق ، وأما صغر السن عن السن المحدود وضعًا (16 سنة و 18 سنة) أو عدم اختصاص موظف العقود (المأذون) فلا يبطل العقد كما سبق الحديث فيه [5] .

بند [132] الأشخاص الذين لهم حق طلب إلغاء الزواج إلغاء مطلقًا

القانون الفرنسي :

أولًا – الزوجان أو أحدهما ولو كان هو صاحب سبب الإلغاء كمتزوج اثنتين .

ثانيًا – من له على الزوجين ولادة ، آباء ، أمهات ، أجداد ، جدات وهكذا من غير تحقيق منفعة مالية بل يجب أن يكون السبب أدبيًّا . فلهم هذا الحق مجتمعين لا متتابعين .

ثالثًا – مجلس العائلة في حالة عدم وجود آباء أو أجداد فله الحق ما دام أحد الزوجين قاصرًا عن السن المطلوب قانونًا .

رابعًا – الأقارب الحواشي وولد زوجة أخرى له حق طلب الفسخ بعد الوفاة .

خامسًا – الزوج السابق لمن جمع زوجتين في عصمته .

---

(1) جاء في الخرشي 169/3 أن المعتدة من طلاق غير رجعي أو موت ... إذا وطئت بنكاح أو شبهة نكاح فلا يتأبد تحريمها .

(2) جاء في الخرشي 196/3 : أن النكاح المؤقت وهو نكاح المتعة يفسخ بعد البناء كما يفسخ قبله ويعاقب فيه الزوجان ولا يبلغ بهما مبلغ الحد .

(3) وجمع خمس من النساء في عقد ولو سمى لكل واحدة صداقها يوجب فسخ نكاح الجميع ؛ ولو كان الجمع في عقود متفرقة ويفسخ نكاح الخامسة إن علم وإلا فالجميع . الخرشي 209/9 .

(4) جاء في الخرشي 211/3 وإذا عقد عليهما عقدين مترتبين فإنه يفسخ عقد الثانية بلا خلاف ويمسك الأولى كانت الأم أو البنت ثم إن كانت التي فسخ نكاحها الأم فهي حرام أبدا ، وإن كانت البنت كان له أن يطلق الأولى وهي الأم ويتزوجها .

(5) البلوغ المعتبر في التزويج هو الحيض أو بلوغ ثمان عشرة سنة . واختلف في الإنبات ، ثم إن تزوجت به فقال ابن حبيب : يفسخ قبل البناء وبعده وقال محمد : لا يفسخ . مواهب الجليل 428/3 .

سادسًا – الأشخاص الذين لهم مصالح مالية في إلغاء الزواج ، كمن تعاقد مع الزوجة بدون إذن الزوج ، ومن تعاقد مع الزوج ويخشى ضمان مهر الزوجة .

سابعًا – النائب العام له طلب الإلغاء محافظة على الصالح العام ما دام الزوجان على قيد الحياة ، فإن ماتا أو أحدهما فقد انحل الزواج ؛ وسقط الحق العام .

ولكي يتحقق جمع اثنتين في عصمة واحدة يلزم أن يكون الزواج الأول وقع صحيحًا قانونًا . وأن يوجد الزواج الأول وقت انعقاد الثاني ، فإن عارض الزوج بأن الزواج الأول لاغ نظرت المحكمة أولًا في صحته أو إلغائه ، فإن صدر حكم إلغائه صح الثاني ؛ وإلا طُبِّق قانون جمع اثنتين [1] .

بند [133] التشريع الإسلامي

تقدم أن الإلغاء العام سببه فقد شرط من شروط الصحة أو شرط الولي أو أحد الطرفين إلخ ، فهو حق عام يجب على كل مسلم يعلم به أن يطلب من القاضي تحقيقه ، فللزوجين ، ولأوليائهما مجبرين وغير مجبرين ، وللوصي ، ولكل من لحقه ضرر مباشر أو غير مباشر طلب إلغاء الزواج وفسخه ، ومسألة طلب إلغاء الزواج إلغاء عامًّا لفقد شرط لا دخل للمال فيها إطلاقًا ، وإنما هي لإزالة منكر وللمحافظة على أوامر الدين .

فإن تتارك الزوجان اختيارا فقد فعلا ما يجب عليهما ، وإن تعاشرا رغما عن فقد الشرط للصحة أو لأحد الزوجين إلخ وجب رفع الأمر للحاكم ليفسخه ، والفسخ فيه ليس طلاقًا (متى كان متفقًا على فساده) كزواج خامسة أو محرمة بالنص إلخ . وإن مات أحدهما أو كلاهما سقط الحق ، ولا ميراث ولا لحوق ، ولكي يتحقق جمع خامسة في عصمة واحدة يجب أن يكون مسلَّمًا بصحة عقد الأربع التي قبلها ، وإلا فمتى بطل عقد إحدى الأربع صح نكاح الخامسة ؛ لأنها تكون الرابعة ، وأما جمع اثنتين فجائز بل أربع [2] .

---

(1) انظر : البنود 180 ، 182 ، 188 ، 190 ، 191 ، 199 ، 200 ، في الباب الرابع ، من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 45 ، 46 ، 47 ظن 48 ظن 49 .

(2) جاء في الخرشي 211/3 وما بعدها أن الشخص إذا تزوج خمس نسوة واحدة بعد واحدة ، أو جمع أربعًا بعقد وأفرد واحدة بعقد ، أو جمع اثنين أو ثلاثًا بعقد وأفرد ما بقي كل واحدة بعقد ، ومات الزوج ولم تعلم الخامسة في تلك الصور فإن الإرث يقتسمنه أخماسًا ؛ لأن نكاح أربع صحيح . ولمن مسها منهن صداقها فإن =

بند [134] القانون الفرنسي

قبل المشرعون عدم إلغاء الزواج لعدم إشهاره ، ولعدم إتمامه أمام الموظف استثناء من قاعدة الإلغاء العامة التي لا تغطى (لا تُصلَح) وذلك أنه متى تعاشر الزوجان معاشرة الأزواج وأصبحا أمام أعين الناس هكذا ، واعتبرتهما عائلتهما زوجين كذلك فليس لأحدهما طلب الفسخ ؛ ولكن لمن يهمه الأمر من العائلة أو من غيرها طلب الفسخ .

أمور خاصة بإلغاء الزواج لصغر السن :

أولًا – ليس لمن له على الزوجين أو أحدهما ولادة طلب إلغاء الزواج للصغر متى كانوا أذنوا به .

ثانيًا – هذا النقص يمكن إصلاحه إما ببلوغ السن زائدا ستة أشهر ،وإما بحمل الزوجة قبل هذه المدة ، فلا يحل إذًا الإلغاء [1] .

بند [135] التشريع الإسلامي

إشهار الزواج مستحب في التشريع الإسلامي . فقط يجب الإشهاد عند العقد في بعض المذاهب ، وعند مالك يستحب عند العقد أو يسن ويجب عند الدخول [2] ، فالتشريع الفرنسي أصلًا يبطل العقد بلا إشهار ، ولكن المشرعين أو

= دخل بهن فلهن خمسة أصدقة ، وبأربع فلهن أربعة أصدقة ، ولمن لم يدخل بها نصف صداق لأنها تدعي أنها ليست بخامسة ، وأن الخامسة إحدى المدخول بهن ويدعي الوارث أنها هي الخامسة فلا شيء لها فيقسم الصداق بينهما نصفين .

(1) انظر : البنود 181 ، 183 ، 185 ، 186 ، 196 ، 197 ، في الباب الرابع من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 40 : 48 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 216/2 أن الإشهاد على النكاح واجب وكونه عند العقد مندوب زائدًا على الواجب ، فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد حصل الواجب والمندوب ، وإن لم يحصل عند العقد كان واجبًا عند البناء . وجاء في مواهب الجليل للحطاب 408/3 أنه يستحب إعلان النكاح وإشهاره وإطعام الطعام عليه . روى الترمذي والنسائي عنه عليه الصلاة والسلام قال : « أعلنوا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف » .
* وجاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج 217/6 أنه لا يصح النكاح إلا بحضرة شاهدين ولو اتفاقا بأن يسمعا الإيجاب والقبول للخبر الصحيح « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل .
وجاء في بدائع الصنائع 376/2 وجوب الإشهاد في النكاح لصحته ، لما روي عن رسول الله ﷺ [لا نكاح إلا بشهود] ولقوله [لا نكاح إلا بشاهدين] وقال [الزانية التي تنكح نفسها بغير بينة] ولو لم تكن الشهادة =

رجال التشريع من قضاة وأساتذة وجدوا مسايرة الزمن وقبلوا أن الزواج لا يلغى لعدم إشهاره ، وهذا ناتج من معاشرة الزوجين معاشرة الأزواج أمام أعين الناس؛ فليس لأحدهما طلب الفسخ بعد ذلك .

وهذا يشبه من بعض الوجوه في الشريعة ما إذا حضر غريبان عن البلد ، وتعاشرا كزوجين ووُلد لهما ، فمجرد الإقرار يكفي في إثبات الزوجية ، ولحوق الولد ، وثبت الميراث بينهما .

فإن كانا بلديين أو أحدهما بلديا والآخر طارئًا ، وأقرا في الصحة أو المرض أنهما زوجان متناكحان من غير أن يثبت بينهما نكاح ببيّنة فلا تثبت الزوجية بينهما بمجرد هذا الإقرار إذا لم يطل زمنه قطعًا وإن ترتب عليه الميراث .

أما تزويج الصغير والصغيرة بمعرفة وليهما فليس للولي فسخ النكاح لوصف الصغر ؛ لأن ما تم من جهة شخص -وهو حائز لصفات عمله شرعًا - لا يجوز له نقضه ، فإن تزوج الصغير عن سن البلوغ -وهو يعقل العقود وما يترتب عليها - فالولي بالخيار إن شاء أمضاه وإن شاء رده كما يرى في مصلحة صغيره ؛ لأنه تصرف مالي بعوض ، فهو موقوف على الإذن من الولي أو الوصي ، فإن فسخه من له حق الفسخ شرعًا فلا مهر ولا عدة [1] .

ونكاح السر الذي تواطأ فيه الزوج وشاهدا العقد أو الولي والشاهدان على كتمانه وعدم الإخبار به يفسخ قبل الدخول ما لم يدخل ويَطُل ، وإلا فلا يفسخ ، والطول يحدد بالعرف ، وهو اشتهاره بين العام والخاص .

= شرطًا لم تكن زانية بدونها . ولأن الحاجة مست إلى دفع تهمة الزنا عنها ولا تندفع إلا بالشهود ؛ لأنها لا تندفع إلا بظهور النكاح واشتهاره ولا يشتهر إلا بقول الشهود .

* وجاء في المغني لابن قدامة 450/6 أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين . هذا المشهور عن أحمد ، فاعتبر الشهادة ركنا ، وروي ذلك عن عمر وعلي ، وهو قول ابن عباس ... وعن أحمد أنه يصح بغير شهود فعله ابن عمر والحسن بن علي .

(1) جاء في الشرح الكبير 241/2 : ولوليٍّ زوج صغيرٍ عقد لنفسه بغير إذن وليه فَسْخُ عقِده وإجازته ، لأن الشارع جعل له ذلك لينظر له في الأصلح ، فإن استوت المصلحة خير ، ولا مهر ولو أزال بكارتها إذا اختار الفسخ ، إذ وطؤه كالعدم . قال ابن عبد السلام : ينبغي أن يكون في البكر ما شانها ، ولا عدة عليها بخلاف ما لو مات قبل الفسخ فعليها عدة الوفاة ولو لم يدخل .

فإن تزوج الصبي ، وكان له ولي ، ولم يَرُدَّ الوليُّ نكاحه حتى بلغ انتقل حق النظر الذي كان للولي إليه ، فإن رأى مصلحة في إبقاء النكاح أبقاه وإن رأى ضررًا فسخه وإن استوت خُيِّر .

فإن زَوَّج أحد من عامة المسلمين يتيمة بدون إذن القاضي ، أو زَوَّج ولي أبعد لشريفة مع وجود ولي أقرب غير مجبر يفسخ النكاح إن لم يدخل ويطل لثلاث سنين أو تلد ولدين فأكثر فلا يجوز الفسخ ويثبت النكاح ، وهذا يشبه زواج الصغير في القانون الفرنسي الذي يغطى بستة أشهر بعد البلوغ أو بالحمل .

بند [136] ثالثًا : الإلغاء الخاص

القانون الفرنسي : خواصه أنه لا يمس الصالح العام بل جُعِل لحفظ حق شخص أو عائلة ، وينتج عن ذلك :

أولًا – ليس لكل شخص طلب إلغاء الزواج ، بل جعله القانون لأشخاص محدودين قانونًا ، لحماية القانون لهم فقط .

ثانيًا – هذا الإلغاء يمكن تغطيته (أي انتهاء الحق في الفسخ) فيصبح العقد صحيحًا بمضي الزمن .

ثالثًا – يمكن عدم الإلغاء بإصلاح المخالفة القانونية [1] .

وأسباب الإلغاء الخاص :

أولًا – أي نقص في إرادة أحد الزوجين .

ثانيًا – عدم الحصول على إرادة ورضاء الأقارب المنصوص عليهم قانونًا .

نقص إرادة أحد الزوجين :

1 – الإكراه ، وهو كل جبر أدبي أو مادي لسلب إرادته في التعاقد م 1111 إلى 1115 .

2 – الخطأ في الشخص بإحضار غير المعروف للطرف الآخر ، أو لاتخاذه صفة شخص آخر معروفة لم تكن له . فالخطأ في الصفة الشخصية وإن كان الشخص هو .

---

(1) انظر : بند 180 وبند 182 ، من الباب الرابع من الكتاب الخامس ، في تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 40 .

بند [137] التشريع الإسلامي

الإلغاء الخاص معناه الخيار للشخص الذي نُقِصَ من حق اشتَرَطَه أو لم تكن إرادته كاملة ، فهذا الخيار حق للشخص المعتدى عليه لا للمصلحة العامة ، فلا يهم أحدًا سوى الطرفين أو من يملك أمرهما من ولي أو وصي ، ولمن له الخيار في الفسخ أو الإبقاء استعمال هذا الحق أو تركه ، ومتى رضي به فقد ارتفع حق الخيار عنه ، وأصبح العقد لازمًا له ، ويرجع سبب الخيار لعدم تحقق شرط مقصود اشتراطه في العقد أو للافتيات على إرادة الطرفين أو أحدهما أي اغتصابها وسلبها ، وذلك : أولًا- الزوجة المجبرة من أب أو وصيه أو سيد لو عقد عليها وليها المجبر بدون إذنها فله ذلك ، وليس لها رده صغيرة أو كبيرة (كما تقدم) ، وكذلك الزوج المجبر كصبي ، أو مجنون أو عبد ، أو سفيه خيف عليه الزنا ، فلوليه المجبر تزويجه بغير إذنه ، وليس له رد النكاح بعد ذلك فلا خيار في حالة الجبر [1] .

ثانيًا – وإن كانت الزوجة غير مجبرة بكرًا أو ثيبًا وافتيت عليها ، أو افتيت على الزوج غير المجبر ، أو افتيت عليهما معًا ؛ فإن كان الافتيات عليهما معا فلابد من فسخ هذا النكاح مطلقًا سواء وجدت شروط المفتات عليها أم لا .

وإن كانت الزوجة هي المفتات عليها بأن عُقِد عليها بغير إذنها ، ثم وصلها الخبر فرضيت فلابد من رضاها بالقول ، ولو بكرًا بشرط قرب الرضا ، بأن يصل إليها الخبر في أقل من يوم وترضى واليوم بعدُ ، وبشرط أن تكون المفتات عليها بالبلد حال الافتيات والرضا ، ولم يقر وليها بالافتيات حال العقد بأن سكت أو ادعى الإذن وكذبته ، وبشرط عدم ردها قبل الرضا ، وإلا فلا عبرة برضاها بعد الرد [2] .

---

(1) جاء في الشرح الكبير 221/2 وما بعدها أن للأب الرشيد ولاية الإجبار ، ويزوج ابنته ولو لأعمى أو أقل حالًا ومآلا منها أو قبيح منظر .... وليس ذلك لغيره كوصي . وله أن يجبر المجنونة المطيقة ولو ثيبًا أو ولدت الأولاد لا من تفيق فتنتظر إفاقتها إن كانت ثيبًا بالغًا وله كذلك جبر البكر ولو عانسًا بلغت ستين سنة أو أكثر... وجبر الثيب ولو بنكاح صحيح إن صغُرت .

(2) جاء في الشرح الكبير 228/2 أنه لا يصح لغير الأب إجبار المرأة في الزواج ، فإن زوجها غيره دون إذن منها كان مفتاتا ومتعديا ... ولا يكفي الصمت . ولكن يصح العقد حينئذ بشروط قرب رضاها ... وأن تكون التي افتيت عليها بالبلد حال الافتيات والرضا ... (ولم يقر) الولي بالافتيات (حال العقد) بأن سكت أو ادعى الإذن وكذبته وبقي شرط رابع وهو أن لا ترد قبل الرضا فإن ردت فلا عبرة برضاها بعده ، والافتيات =

وأما الخيار لفقد شرط اشترطه لمنفعته فذلك أن الزوج إذا اشترط أو وكيله السلامة من سواد ، أو قراع ، وعمى ، وعور ، وعرج ، وشلل ، وقَطْع ، وكثرة أكل ، أو نَتَن فم ، أو من كل ما يعد عيبًا عرفًا سواء عين ما اشترطه أو قال من كل عيب أو من العيوب فله الخيار في الرد والإمساك . ولو كان شرط السلامة بوصف الولي أو وصف غيره بحضرته وسكت ؛ ولو تزوجها على أنها بكر فوجدها ثيبًا فله الخيار إن شَرَط البكارة ، ولو وجدها عجوزًا فانية فله الرد ، ومتى وجد ما يدل على الرضا عرفًا فلا رد [1] .

وأما الإكراه في العقود فلا يبطلها ، بل تقع صحيحة غير لازمة ، وتلحق الإجازة عقد الإكراه صريحة أو ضمنية . ويتحقق الإكراه بخوف مؤلم حالًا أو استقبالًا من قتل أو ضرب وإن قل ، وسجن ظلمًا ، أو صفع على قفا ، أو قتل ولد أو والد ، أو أخذ مال أو إتلافه ، فالإكراه منظور فيه للشرف والخسة بالنسبة للشخص المكره . ومضي المدة الطويلة لا يوجب لزوم عقد المكره فإن اختلفا في ذات العروس فقال الزوج : ليست هي ، وقال الولي : هي فيفسخ ويلزم نصف الصداق ، فإن دخلا لزمه الصداق كاملًا ، ومتى ثبت أنها غير المخطوبة لزمه الصداق ، ورجع به على من غره [2] .

بند [138] حق طلب الإلغاء

القانون الفرنسي : الحق في طلب الإلغاء لأحد الزوجين الذي وقع عليه الإكراه أو الذي أدخل عليه الخطأ فقط ، وليس لأحد آخر مهما كانت قرابته ، فنتج ما يأتي :

= على الزوج كالافتيات عليها في جميع ما مر . أما الافتيات عليهما معًا فلابد من فسخه مطلقًا .

(1) جاء في الشرح الكبير 280/2 وما بعدها أن الخيار ثابت بغير العيوب المتقدمة من سواد وقرع وعمى وعور وعرج وشلل وقطع وكثرة أكل من كل ما يعد عيبًا عرفًا إن شرط السلامة منه سواء عين ما شرطه أو قال من كل عيب أو من العيوب فإن لم يشترط السلامة فلا خيار .

(2) يختلف أثر الإكراه عند المالكية باختلاف المكره عليه : فإن كان المكره عليه عقدًا أو حلًّا أو إقرارًا أو يمينًا لم يلزم المكره شيء ، ويكون الإكراه في ذلك بالتخويف بقتل أو ضرب مؤلم أو سجن أو قيد أو صفع لذي مروءة على ملأ من الناس . وإن أجاز المكره (بفتح) شيئًا مما أكره عليه غير النكاح طائعًا بعد زوال الإكراه لزم على الأحسن ، وأما النكاح فلا تصح إجازته . الموسوعة الفقهية الكويتية والمراجع المثبتة فيها 108/6 .

أولًا – ليس لدائن مَنْ له الإلغاء مباشرة هذا الحق [1] .

ثانيًا – ليس لورثته طلب هذا الحق بعد وفاته ، فقط لهم الاستمرار فيما طلبه قبل وفاته .

تلاشي حق طلب الإلغاء :

أولًا – يتلاشى حق طلب الإلغاء بطريق الدلالة والمفهوم ، متى تعاشر الطرفان ستة أشهر بعد اكتشاف الخطأ أو وجود الإرادة كاملة ؛ لأن العشرة دليل الرضا .

ثانيًا – بمرور الزمن ، وفي ذلك ثلاث مذاهب :

1 – لا يسقط الحق بمضي الزمن ، بل يبقى كجميع حقوق الأحوال الشخصية .

2 – يسقط بمضي عشر سنوات ملحقًا بالإلغاء العام في العقود م 1304 .

3 – يسقط بمضي ثلاثين عامًا ككل العقود التي لم يُحَدَّد لها مدة أقل م 2262 .

بند [139] التشريع الإسلامي

الذي له حق الخيار (الإلغاء) هو من لحقه الضرر من الطرفين ، وليس لأحد غيره استعمال هذا الحق إلا من له الولاية عليه ، فلو استعمل حقه في الفسخ ومات قبل أن يتمه قامت ورثته بعده بهذا الحق فيتموه دون أن يبتدئوه . والمعاشرة دليل الرضا متى كان العرف يرى ذلك من غير تحديد مدة ، وبشرط أن يكون في وسع من لحقه الضرر إزالته عنه بلا لحوق ضرر آخر ؛ وإلا فلا تعد العشرة إذًا دليل الرضا .

والحق لا يسقط بمضي المدة في الأحوال الشخصية ، وكذا مع الإكراه ولو طال الزمن [2] .

بند [140] ثالثًا - عدم إذن الأقارب بالزواج

القانون الفرنسي : يجوز إلغاء الزواج إذا لم يوجد إذن الأقارب ، بشرط عدم بلوغ الزوجين أو أحدهما سن الرشد وهو 21 سنة .

---

(1) انظر : البند 180 ، 185 ، في الباب الرابع من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 45 : 46 .

(2) قاعدة : الحق لا يسقط بمضي المدة ، وكذا مع الإكراه ولو طال الزمن .

والذي يملك الإلغاء هو الذي لم يبلغ سن الرشد من الطرفين ، والأقارب الذين لم يأذنوا في إتمام عقد الزواج ، فيطلب الأب أولًا - إن وجد وأمكن قانونًا - وإلا فالأم ، وعند عدمها يطلب الأجداد والجدات ، ثم عند عدمهم فمن مجلس العائلة بواسطة الوصي ، وطلب الإلغاء قاصر على هؤلاء فلا يتعداهم للدائنين والورثة .

ولا يُقْبَل طلب الإلغاء ممن له الحق من الزوجين بمضي سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد ، وهذا لا يمنع الأقارب من حق طلب الإلغاء ويسقط حق الإلغاء . من الأقارب متى قبلوا الزواج بأي شكل ولو بكتاب عادي وإمضاء عادي أو بمضي سنة بعد علمهم به بدون طلب [1] .

بند [141] عدم الإذن من الأقارب

التشريع الإسلامي : إذن الولي المجبر ضروري ، فالزواج بدونه يُفْسَخ أبدا إلا إذا أجازه من يتولى أموره بأن فوض له التصرف في أموره ببيته فيمضي العقد إن لم يبعد بين العقد والإجازة ، فإن غاب الولي المجبر زوجها الحاكم إن بعدت الغيبة .

وللولي غير المجبر طلب الفسخ إذا زوَّج أحد العامة موليته الشريفة إلا إذا دخل بها الزوج وطال كثلاث سنين ، وصح العقد بولي أبعد مع وجود أقرب غير مجبر في شريفة ولا يُفْسَخ . والذي له الخيار في الفسخ والإبقاء هو صاحب الحق في الولاية في عقد النكاح أو أحد الطرفين الذي لحقه الضرر .

ومتى أذن صاحب الإذن فليس له حق الخيار بعد ذلك [2] .

بند [142] رابعًا - نتائج إلغاء الزواج

القانون الفرنسي : الزواج الذي يُلْغَى بقرار من المحكمة يعتبر كأن لم يكن إطلاقًا ، وما ترتب على وجوده يُمْحَى بخلاف الزواج المنحل بالموت أو الطلاق فلا

---

(1) انظر : البند 201 ، 202 ، في الباب الرابع من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 49 .

(2) جاء في الشرح الكبير 226/2 أن النكاح يصح بالولاية العامة في تزويج امرأة عامية لا ولي لها كمسلمانية ومعتقة وفقيرة سوداء غير ذات نسب ولا حسب ... أما إن وجد الولي فإنه لا يجبرها ولو لم يدخل الزوج بها فإن وجد المولي المجبر ، وهو الأب ، لم يصح الإجبار بالولاية العامة . والشريفة ذات القدر من حسب وعلو نسب وجمال ومال .

نتائج له مستقبلة ، لكن يحفظ ما ترتب عليه أثناء وجوده إلى يوم انحلاله [1] .

وينتج عمليًا من انسحاب حكم إلغاء الزواج على الماضي ما يأتي :

أولًا – المرأة لا يمكنها ادعاء بطلان عقود عقدتها أثناء الزواج الملغى بدون إذن زوجها (لأنه شَرْطٌ في صحة تعاقد المرأة المتزوجة) .

ثانيًا – لا يمكن للزوجين الملغى زواجهما العمل بعقد ترتيب أملاكهما المحرر قبل الزواج ، فهو باطل لإلغاء الزواج .

ثالثًا – لا يُقْبَل من المرأة ادعاء رهن أملاك زوجها قانونًا نظير مهرها .

رابعًا – تحمل المرأة اسمها كما كانت آنسة بلا حق في حمل اسم زوجها بعد الإلغاء .

خامسًا – الأطفال الناتجون من هذا الزواج الملغى يعتبرون أطفالًا طبيعيين بغير نسب .

سادسًا – الأولاد المولودون للطرفين قبل هذا الزواج الملغى لا يصيرون أولادًا شرعيين بهذا الزواج اللاحق ، (لأن الزواج الصحيح اللاحق يصيِّر الأولاد السابقين من الزوجين قبل الزواج شرعيين) .

سابعًا – فك الوصاية الذي يمكن أن يكون قد تمتع به الزوجان وقت الزواج يعتبر كأن لم يكن بتاتًا .

بند [143] التشريع الإسلامي

النظر في بطلان الزواج أو فساده يرجع إلى فقده ركنًا من أركانه أو شرطًا من شروط صحته ، وحكم الحاكم مظهر لذلك لا موجد ، إذ لا يُفَرَّق بين عقد الزواج الملغى بحكم ، أو عقد الزواج الذي تلاشى بموت أو طلاق فيما يترتب عليه من نتائج ، فلو تزوج رجل خامسةً ثم مات عنها ، أو تزوج خامسة ثم حكم القاضي ببطلان العقد فما يترتب على الحالة الأولى هو ما يترتب على الحالة الثانية شرعًا من عدم لحوق الولد متى علم الزوج بالحرمة ، ومن عدم التوارث ، وهو زنى فيه الحد ،

---

(1) انظر : بند 201 ، 202 في الباب الرابع من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 49 .

فإن كان الوطء بشبهة درأ الحد ولحق الولد بأبيه ، والزواج المتلاشي بالموت إذا كان صحيحًا مستوفيًا أركانه وشروطه أو المتلاشي بالطلاق مع صحته شرعًا تترتب عليه آثاره في الماضي إلى يوم الموت أو الطلاق [1] .

أما عقود المرأة بعد الزواج فلا علاقة لصحتها بالزواج ولا بالطلاق ، فهي حرة في تصرفها في أملاكها متى كانت عاقلة رشيدة ، والزواج لا علاقة له بمال الزوج ولا بمال الزوجة ، فبينهما انفصال تام في أملاكهما ، فلا رهن لها على أملاك زوجها ، ولا تحمل اسم زوجها ، فهي تدعى باسمها واسم أبيها وجدها متزوجة وغير متزوجة .

وأما الأولاد الناتجون من زواج باطل لعدم استيفاء أركانه أو فاسد لعدم استيفاء شروطه فلا يلحقون بأبيهم فهم أولاد زنى ، ولا ميراث بينهم كما سيأتي بيانه في محله [2] .

وأما الأولاد الناتجون من زواج فاسد مختلف في فساده فيلحقون بأبيهم ، وتكون نتائجه كنتائج الزواج الصحيح [3] .

---

(1) الركن عند المالكية ما تتوقف عليه حقيقة الشيء فيشمل الزوج والزوجة والولي والصيغة . حاشية الدسوقي 220/2 .

* وقد نص الدردير على أن النكاح المتفق على فساده لغياب ركن من أركانه لا يكون فسخه طلاقًا بل يفسخ بلا طلاق وإن عبر فيه بالطلاق ، ولا يحتاج لحكم لعدم انعقاده ، ولا إرث فيه إن مات أحدهما قبل الفسخ . الشرح الكبير 240/2 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 240/2 أن العقد في النكاح المتفق على فساده لا ينشر الحرمة ، وإنما ينشرها الوطء إن درأ الحد كأن يجهل الحكم في الخامسة ، وأما لو علم الحكم كان زنا فيحد ولا يكون وطؤه ناشرًا للحرمة إذ لا يحرم بالزنا حلال على المعتمد .

* جاء في المنتقى للباجي 307/3 : قال ابن حبيب : وكل وطء حرام في هذا الباب أو غيره كان بنكاح ، شبهة أو جهالة ، فالحد فيه ساقط والولد فيه لاحق . وما كان يتعمد بغير وجه شبهة نكاح ولا ملك فالحد فيه واقع ، والولد ساقط . ومعنى ذلك عندي أن يتزوج وهو يعلم أن ما يعقده لا يستباح به البضع .

* وجاء في مواهب الجليل 417/3 أن من تزوج خامسة أو امرأة طلقها ثلاثًا ألبتة قبل أن تنكح زوجًا غيره أو أخته من الرضاعة أو النسب أو من ذوات محارمه عالمًا بالتحريم أقيم عليه الحد ولم يلحق به الولد ؛ إذ لا يجتمع الحد وثبوت النسب .

(3) قال اللخمي : إذا ثبت أنه عالم بالتحريم قبل النكاح حُدَّ ولم يلحق به الولد ، وإلا فإن لم يُعْلَم أنه كان عالمًا بالتحريم إلا بعد النكاح فإنه لا يحد ويلحق به الولد . مواهب الجليل 417/3 .

والأولاد الذين لا يستندون إلى عقد زواج صحيح (فراش صحيح) هم أولاد زنى سواء تزوج الزاني بمن أنجبت له هؤلاء الأطفال أم لا ، فالزواج اللاحق لا يصحح نسبهم إلا إذا أقر أنهم أبناؤه فيكون هذا استلحاقًا ، ومتى استوفى الإقرار بالبنوة شروطه وأركانه لحق الأولاد به سواء تزوج أمهم أم لا فلا علاقة بين الزواج اللاحق وشرعية الولد [1] .

ولا علاقة بين الزواج وفك الوصاية ، فزواج القاصر لا يفك وصايته ، فالوصاية هي على المال لا على النفس ، فلو تزوج وهو قاصر بقي قاصرًا حتى يبلغ سن الرشد أو يرشده وليه ، فإن فسد نكاحه لا يعيده قاصرًا ، ولا يؤثر عليه بشيء إلا إذا كان سفيها أو مبذرًا فيجوز الحجر عليه [2] .

بند [144] حصر نتائج الإلغاء في الماضي لحكم الإلغاء

القانون الفرنسي : لا يمكن تجاهل وجود معاشرة الرجل لزوجته معاشرة حسية فيترتب على ذلك ما يأتي :

أولًا – المرأة التي أُلغِي زواجها لا تتزوج إلا بعد مضي عشرة أشهر (العدة) خوفًا من اختلاط الأنساب .

---

(1) جاء في المدونة 64/3 قلت : أرأيت لو أن رجلًا قال زنيت بهذه الأمة فجاءت بهذا الولد وهو مني فجلدته الحد مائة جلدة ثم اشترى الأمة وولدها أيثبت نسبه منه ويعتق عليه في قول مالك أم لا ؟ قال : لا يثبت نسبه منه ولا يعتق عليه عند مالك .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 296/3 أن الحجر على الصبي بالنسبة لنفسه لبلوغه فقط . أما الحجر عليه بالنسبة لماله فإنه يكون لبلوغه مع صيرورته حافظًا لماله بعد بلوغه ، وينفك الحجر عنه وإن لم يفكه أبوه عنه . قال ابن عاشر : يستثني منه إذا حجر الأب عليه في وقت يجوز له ذلك ، وهو عنوان البلوغ ، فإنه لا ينفك الحجر عنه وإن كان حافظًا للمال إلا لفك الأب .

* لكن الولي إذا لم يعلم بالنكاح ولا بالبيع حتى رشد المحجور فإن ذلك يمضي .

* ذات الأب أو الوصي والمقدم لا تخرج من حجر الأولياء الثلاثة إلا بشرطين : دخول الزوج بها ، وشهادة العدول على صلاح حالها وعلى هذا فذات الأب لا ينفك الحجر عنها إلا بأمور أربعة : بلوغها ، وحسن تصرفها ، وشهادة العدول بذلك ، ودخول الزوج بها . وأما ذات الوصي والمقدم فلا ينفك الحجر عنها إلا بأمور خمسة : البلوغ ، وحسن تصرفها ، وشهادة البينة بذلك ، ودخول الزوج بها ، وفك الوصي أو المقدم . فإن لم يفكا الحجر عنها كان تصرفها مردودًا ، ولو عنست أو دخل بها الزوج وطالت إقامتها عنده . حاشية الدسوقي 298/3 .

ثانيًا – الحياة العامة التي رتبت بين الرجل والمرأة فيما يختص بمصالحهما المالية تنظم حسب قاعدة شركة العمل .

الحكم الذي يصدر بناء على طلب إلغاء الزواج يكون خاصًّا لا يتقيد به إلا الطرفان فقط ، فلو رُفِضَ الطلب ، وكان سبب الإلغاء عامًّا فيجوز لمن يهمهم الأمر أن يقدموا طلبًا آخر لتحقيق الإلغاء ، فلا يمنع الفصل في الطلب الأول السير في الثانى .

مع العلم أن الحكم الذي يصدر بالإلغاء يكون عامًا يعارض به كل الناس [1] .

بند [145] التشريع الإسلامي

قد احتاط المشرع الإسلامي لنتائج الزواج الذي يُلْغَى ، فرتب عليه نتائج هامة :

أولًا – المرأة التي أُلْغِي نكاحها أو بطل نكاحها عليها العدة ، فلو تزوجت قبل انقضائها تأبد تحريمها على من تزوجها في عدة الغير ولو من نكاح فاسد متى دخل بها من فُسخَ نكاحه ، وإلا فلا عدة لأنه طلاق قبل الدخول .

ثانيًا – عقد النكاح الملغى إن كان مختلفًا في صحته وفساده – ولو في أي مذهب من مذاهب المسلمين – يكون من أثره التحريم لأم الزوجة والبنت والأخت إلخ المحرمات بالنسب السابق في المحرمات ، ويكون من آثاره الميراث (التوارث) بين الزوجين (إلا في نكاح المريض فلا ميراث) . وإن كان مختلفًا فيه إذا مات أحدهما قبل الفسخ ، ومن آثاره أن يكون فسخه بطلاق بمعنى أنه لو عاد الزوج فصحح أو حقق الشرط الذي بسببه أُلْغِي النكاح لنفس الزوجة التي أُلْغِي نكاحها أمسكها بطلقتين ؛ لأنه فسخ العقد الأول بطلاق فبقي له طلقتان . ومن آثاره أنه يلحق به ولد الفراش من هذا النكاح الفاسد متى جهل التحريم أو كان حديث عهد بالإسلام ؛ كمن تزوج بلا شاهدين ودخل من غير إشهاد أيضًا ، ولكن زواجه كان مشهورًا بنحو دف أو شهد عليه شاهد واحد أو امرأتان ، فإن الشهرة أو الشاهد الواحد يدرأ الحد ، ومتى دُرِئَ الحد ألحق الولد بالفراش (أي بالزوج) ، ويفسخ النكاح أبدا قبل الدخول وبعده ، فإن حد الزوجان لعدم فشو النكاح ولا

---

(1) انظر : بند 202 من الباب الرابع من الكتاب الخامس وبند 28 في الباب الثامن من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 49 .

شهادة أصلًا ، فالولد من زنى غير ثابت النسب [1] .

ثالثًا – أما عقد النكاح المتفق على فساده ففسخه بلا طلاق بل بالمتاركة ، ولا يحتاج لحكم حاكم إلا أن يتعاشر الزوجان حرامًا ، فمن باب إزالة المنكر يجب الرفع للحاكم ليفرق بينهما ويقيم الحد عليهما ، فلا ميراث بينهما لو مات أحدهما قبل التتارك ، ولا مهر إن لم يدخل فإن دخل فلها المهر ؛ لأن المهر يقابل التمتع بالبُضْع وقد حصل [2] .

فإن عقد على خامسة أو معتدة فالنكاح فاسد متفق على فساده . فإن دخل بالخامسة أو المعتدة مع علمه بذلك حُدَّ حد الزنى ، ولا يحرم به شيء من أصول أو فصول المعقود عليها ، فإن لم يعلم بالحرمة أو بالشخص نفسه فلا حد ، ويحصل التحريم ، ويلحق الولد .

والقاعدة أن كل عقد نكاح فسخ بعد الدخول ولو متفقا على فساده ولا يكون فساده إلا لعقده فقط أو لعقده وصداقه معًا ففيه المسمى إن كان وإلا فصداق

---

(1) ذهب المالكية إلى اشتراط تقدم الإشهاد لجواز الدخول ، ولو دخل قبل أن يُشْهِد حُدَّ ولابد من الفسخ وفيه أنه نكاح السر . قال في المقدمات : الإشهاد إنما يجب عند الدخول وليس من شروط صحة العقد ، فإن تزوج ولم يُشْهِد فنكاحه صحيح ، ويشهدان فيما يستقبل إلا أن يكونا قصد إلى الاستسرار بالعقد فلا يصح أن يثبتا عليه لنهيه ﷺ عن نكاح السر ، ويؤمر أن يطلقها طلقة ثم يستأنف العقد ، فإن دخلا في الوجهتين جميعًا فرق بينهما وإن طال الزمان بطلقة ، لإقرارهما بالنكاح ، وحُدًّا إن أقرا بالوطء إلا أن يكون الدخول فاشيًا ، أو يكون على العقد شاهد واحد فيدرأ الحد بالشبهة ... وقول ابن رشد لإقرارهما بالنكاح تعليل لكونه يفرق بينهما بطلقة وتكون بائنة ، كما قال ابن الحاجب قال في التوضيح لأنه من الطلاق الحكمي . وقاعدة المذهب أن كل طلاق يوقعه الحاكم فهو بائن إلاطلاق المولي والمعسر بالنفقة انتهى . مواهب الجليل 409/3 ، 410 .

(2) جاء في المقدمات لابن رشد أن النكاح المتفق على فساده مثل نكاح من لا يحل له نكاحها من ذوات المحارم من نسب أو رضاع ومثل نكاح المرأة في عدتها أو على ابنتها أو على أمها ... فهذا القسم يفسخ النكاح فيه قبل الدخول وبعده ويكون فيه الصداق المسمى .

* واختلف في لزوم الطلاق وثبوت الميراث في الأُنكحة الفاسدة على ثلاثة أقوال في المذهب وهي ثابتة في المدونة : أحدها أن كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه فالطلاق فيه ولا ميراث ، مثل نكاح الشغار ونكاح المحرم وما كان صداقه فاسدا فأدرك قبل الدخول .

* وكل نكاح اختلف في تحريمه إن غلبا على الفسخ فيه قبل الدخول وبعده ففيه الطلاق والميراث قبل الدخول وبعده . المقدمات « كتاب طلاق السنة » 56/2 : 89 .

المثل ، ولا شيء من الصداق بالفسخ قبل الدخول سواء المختلف في فساده والمتفق عليه إلا في زوجة سُمي لها أقل من المهر الشرعي ، وإلا في الزوجين المتلاعنين ، وإلا في دعواه الرضاع فأنكرت فعليه نصف المسمى في الثلاث صور ، فإن دخل فالعدة من يوم الفسخ أو الطلاق (1) .

ومعلوم أن حق اللّه من طلب إزالة منكر أو إحقاق حق للمصلحة العامة لا يتقيد بشخص (2) ورفضه لعدم ثبوته لا يمنع من رفعه مرات أخرى ، والحكم فيه بالفسخ يعمل به ضد الكافة لا ضد العاقدين فقط .

بند [146] نظرية الزواج الفاسد

القانون الفرنسي : الزواج الفاسد هو الذي يحفظ نتائجه في الماضي التي نتجت عن وجوده ولو أنه ألغي ؛ لأن حسن النية كان متوفرًا عند أحد الطرفين أو هما معًا ، وشرطه الوحيد أن تتوفر حسن النية عند أحدهما أو عندهما معًا . ويوجد حسن النية عند حصول خطأ في الفعل أو جهل أو عدم معرفة كمن تزوج بنت أخيه ولا يعلمها ، أو ظن وفاة زوجته الغائبة فإذا هي تظهر حية ، أو جهل أن القانون يحرم بالقرابة والنسب . وحسن النية يجب وجوده وقت الزواج فإن امتد الزواج قبل إلغائه مدة حفظ نتائجه إلى يوم الإلغاء ، ودليل حسن النية يقدم دائمًا ممن يدعيه :

1 - فإذا كان حسن النية من الزوجين وجب حفظ ما نتج عن هذا الزواج إلى

---

(1) جاء في مقدمات ابن رشد : والفاسد ينقسم على ثلاثة أقسام نكاح فاسد لعقده ونكاح فاسد لصداقه ونكاح فاسد لشروط فاسدة اقترنت به ، فأما ما فسد لعقده فينقسم على قسمين : قسم متفق على فساده وقسم مختلف فيه فالمتفق على فساده مثل نكاح من لا يحل له نكاحها من ذوات المحارم من نسب أو رضاع ... فهذا القسم بفسخ النكاح فيه قبل الدخول وبعده .

وأما ما فسد لصداقه مثل أن يتزوج الرجل المرأة بحرام مثل الخمرة ... وما أشبه ذلك فهذا القسم يفسخ فيه النكاح قبل الدخول ، ويصح بعده بصداق المثل . المقدمات 56/2 ، وقد استدل بعض المالكيين على أن النكاح لا يجوز بأقل من ثلاثة دراهم مقدمات 44/2 ، جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية : وكذلك النكاح الفاسد عند المالكية لوقوع صداقه أقل من الصداق الشرعي وامتنع الزوج من إتمامه (وهو ما يسمى بنكاح الدرهمين ، لأنهما أقل من الصداق الشرعي) ففيه نصف الدرهمين بفسخه قبل الدخول ، ومن ذلك ما إذا ادعى الزوج قبل الدخول رضاعًا محرمًا بلا بينة ، وكذبته الزوجة فإنه يفسخ وعليه نصف الصداق كما يقول المالكية . الموسوعة الفقهية الكويتية 122/8 .

(2) قاعدة : حق اللّه من طلب إزالة منكر أو إحقاق حق للمصلحة العامة لا يتقيد بشخص .

يوم الإلغاء سواء بالنسبة إلى الزوجين أو بالنسبة إلى ما رزقا من أولاد ، وبصدور قرار الإلغاء تقف نتائج هذا الزواج الفاسد نهائيًا وكأنه لم يكن .

2 - إذا كان حُسْن النية من أحد الزوجين تمتع حَسَنُ النية بنتائج الزواج في الماضي هو وأولاده ، ويحرم من التمتع بها الزوج سيئ النية ؛ فيرث حَسَنُ النية من أولاده كقريب شرعي ، وتعطى له حقوق الإشراف على تربية الأولاد دون سيئ النية فيحرم منها ، ويأخذ الزوج حسن النية هدايا الزوج الآخر ، ويتمتع بشروط عقد ترتيب الأموال بين الطرفين ، ويتمسك به دون سيئ النية ، وللزوج حسن النية طلب إلغاء عقد تنظيم الأموال وتنفيذ شروطه ، أو جعله كشركة عرفية له الحق في إلغائها متى شاء [1] .

بند [147] التشريع الإسلامي

الزواج الفاسد قد يحفظ نتائجه الماضية قبل الفسخ متى توفر حسن النية .

وشرطه الوحيد أن يكون هناك شبهة تدرأ الحد ، وذلك كحصول خطأ في الفعل أو جهل أو عدم معرفة كمن تزوج بنت أخيه ولا يعرفها ، أو ظن وفاة زوجته الغائبة فتزوج بأختها أو عمتها ، أو تزوج لتكون رابعة فظهرت زوجته الغائبة حية بعد ذلك ، أو جهل النصوص الشرعية في التحليل والتحريم كحديث عهد بالإسلام ، ففي هذه الصور هناك شبهة قوية تدرأ الحد فيثبت النسب .

يجب وجود الشبهة التي تثبت حسن النية في ابتداء العقد ودوام العشرة إلى وقت الفسخ ، فإن علم بالمفسد بعد الزواج حرمت عليه المعاشرة ووجب الطلاق ، فإن عاشرها بعد علمه وقبل الفسخ فإنه زان ويحد ، وولده لا نسب له الذي أتى به بعد العلم بالمفسد [2] .

---

(1) انظر : بند 201 ، 202 ، في الباب الرابع من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 49 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 219/2 أنه لا يتأبد التحريم بعقد ولا بوطء مبتوتة قبل زوج ، ويحد إن كان قد تزوجها عالمًا بالتحريم ولا يلحق به الولد ، فإن تزوجها غير عالم بالتحريم فلا حد عليه ولحق به الولد ، فإن أقر بعد النكاح أنه كان عالمًا بالتحريم ولم يثبت ذلك بالبينة فإنه يحد لإقراره ، ويلحق به الولد لعدم ثبوت ذلك .
وجاء في الخرشي : أن النكاح الفاسد على ضربين : تارة يكون مختلفًا في فساده ، وتارة يكون مجمعًا على فساده ، فإن كان مختلفًا فيه كزواج محرم وشغار ونكاح العبد والمرأة فإن عقده ينشر حرمة المصاهرة ، وإن كان =

فتترتب على العقد الفاسد آثاره إلى وقت العلم بالمفسد بالنسبة للزوجين والأولاد ولو قبل الفسخ بالفعل ، ومتى ألغي العقد لفساده وقفت آثاره أيضًا [1] .

فإن تحقق حسن النية (وجود شبهة تدرأ الحد) من الطرفين فلا حد عليهما ، ويلحق بهما الولد ، وإن تحقق من أحدهما فقط كأن جهل الزوج موت زوجته وتزوج بأختها التي تعلم حياتها فهي زانية تحد ولا يُحَدُّ زوجها ، ولكن تحرم عليه أولاده منها لعلة (الفروع) ، ويلحق به الولد ، فإن علم هو وجهلت هي حُدَّ الزوج دونها ، ولا يلحق به الولد ؛ لأنه زنى ، وأما الولد فهو ابنها لا نزاع في ذلك حتى ولو من زنى ؛ فترثه ويرثها إلخ ، ومتى لحق الولد بأبيه كان للأب عليه حقوق الأبوة ، وللولد حقوق البنوة المقررة شرعًا .

وليس في الشريعة عقد ترتيب الأملاك ، فكل من الزوجين يحتفظ بجميع أملاكه وحريته في التصرف ، فلا شركة بين الزوجين في مال إطلاقًا بمقتضى عقد الزواج ، اللّهم إلا إذا أسسا شركة بينهما بعد أو قبل الزواج ؛ فتسري أحكام الشركات بينهما على عقد الشركة كالأجانب [2] .

بند [148] دليل الزواج

القانون الفرنسي : دليل الزواج : قاعدة عامة : لا يمكن لأحد المطالبة بالحقوق المدنية للزواج إلا إذا قدم إشهادًا قانونيًا بإشهار زواجه مسجلًا بسجل الأحوال الشخصية ، واستثناء من هذه القاعدة يمكن المطالبة بحقوق الزواج من غير إشهاد في ثلاثة أحوال :

= مجمعًا على فساده فلا يعتبر عقده في انتشار الحرمة ، وإنما ينشرها الوطء بشرط أن يدرأ الحد عن الواطىء كمن نكح معتدة أو محرمة برضاع غير عالم به ، أما إن علم حد في ذات المحرم والرضاع . الخرشي 209/3 .

(1) قاعدة : متى ألغي العقد لفساده وقفت آثاره أيضًا .

(2) جاء في المغني لابن قدامة 514/4 أن قوله تعالى ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓا إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ ظاهر في فك الحجر عن اليتامى واليتيمات وإطلاق حقهم جميعا في التصرف . وقد ثبت أن النبي ﷺ قال : « يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن » وأنهن تصدقن فقبل صدقتهن ، ولم يسأل ولم يستفصل . وأتته زينب امرأة عبد اللّه وامرأة أخرى اسمها زينب فسألته عن الصدقة هل يجزيهن أن يتصدقن على أزواجهن وأيتام لهن ؟ فقال « نعم » . ولم يذكر لهن اشتراط موافقة الزوج ، ولأن من وجب دفع ماله إليه لرشد جاز له التصرف فيه من غير إذن كالغلام ، ولأن المرأة من أهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في التصرف بجميعه .

أولًا – في حالة عدم وجود سجل للأحوال الشخصية أو في حالة فقده يجوز إثبات الزوجية بشهود أو بدليل كتابي .

ثانيًا – المعاشرة الظاهرة أمام الناس حيث يُنْظَر إليهما كزوج وزوجة لا تكون دليلًا للزوجية مستقلًّا ، بل تساعد على شرعيته كما في حالة عدم اختصاص الموظف المسجل لعقد الزواج ، أو في حالة عدم إعلان الزواج ، وتستعمل العشرة الظاهرة كدليل للولد على شرعية نسبه لوالديه بشروط :

1 – وفاة الزوجين أو وجودهما في حالة لا يمكن معها معرفة إشهاد الزواج .

2 – حينما يتصف الولد بصفة الولد الشرعي .

3 – اتصاف الولد بصفة الولد الشرعي يجب أن لا يتعارض مع شهادة الميلاد إذا كانت تحققت بواسطة القضاء .

ثالثًا إذا نتج عن عدم تحرير عقد الزواج في السجلات الخاصة بذلك حكم جنائي فتأمر المحكمة علاوة على ذلك بتسجيل عقد الزواج في السجل المعد لذلك [1] .

بند [149] التشريع الإسلامي

دليل الزواج : الزواج عقد ككل العقود يثبت بالإقرار من الزوجين ، وبالكتابة منهما أو من المنكر منهما ، وبالبينة الشرعية عدلين ذكرين حرين عاقلين إلخ مستوفيين شروط الشهادة الشرعية ، ويجوز إثبات الزوجية ولو ببينة السماع (مالك) ، أو الشهرة العامة لكل من رأى الزوجين متعاشرين معاشرة الأزواج [2] .

وقد رأى ولي الأمر أن عقد الزواج له خطره مما يترتب عليه من لحوق نسب

(1) انظر : البنود من 194 إلى 197 ، في الباب الرابع من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 47 ، 48 .

(2) جاء في الفروق للقرافي 55/4 أنه يجذر إثبات الزواج بالظن والسماع قال صاحب القبس : ما اتسع أحد في شهادة السماع كاتساع المالكية في مواطن كثيرة الحاضر منها على الخاطر خمسة وعشرون موضعًا ... الرضاع والنكاح والطلاق .... فهذه مواطن رأى الأصحاب أنها مواطن ضرورة فيجوز تحمل الشهادة بالظن . وجاء في الشرح الكبير للدردير 200/2 : الغالب في النكاح شهرته فلا يكاد يخفى على الأهل والجيران ، فالعجز عن إقامة الشاهدين فيه قرينة كذب المدعين . وقد اشترط المالكية أن يكون السماع فاشيًا مستفيضًا . الموسوعة الفقهية الكويتية 234/26 ، 235 .

وميراث وإلزام بحقوق الزوجية ؛ فمنع إثبات الزوجية بغير مؤيد لها رسمي كوثيقة زواج أو إشهاد شرعي بإقرار به أو اعتراف رسمي في قضية أو مستقلا أمام القاضي بالزوجية ، فلا يجوز للقاضي سماع دعوى الزوجية بدون مؤيد ، وليس معنى هذا أن الزوجية ليست ثابتة شرعًا ما دام القاضي لا يحل له قانونًا سماع الدعوى .

بل الزوجية ثابتة بين الزوجين تترتب عليها آثارها من حِلٍّ وحرمة وقيام بواجب الزوجية ، وحكم الحاكم أو عدم حكمه لا يحل حرامًا ولا يحرم حلالًا ، وهذا من تطبيق القاعدة التي وضعها متأخرو المذاهب وجرى العمل عليها ، وهي (أن ولي الأمر له أن يخصص القضاء في الزمان والمكان والحادثة) [1] وليس لولي الأمر أن يحل حرامًا أو يحرم حلالًا (وهذا أمر خطير) ، ولكن مَنْع القضاء من النظر في إثبات الزوجية بالبينة يرجع إلى حوادث وقعت أمام القضاء الشرعي ، وكانت شائكة لشخصيات كبيرة ، وكان يكفي فيها البحث عن حالة الشهود بحثًا دقيقًا شرعيًا فتظهر الحقيقة وسواء أرضي المشهود عليه أم غضب ، كان صغيرًا أم كبيرًا ، حيث يجب أن يخضع الجميع بلا فارق لحكم الشرع والدين ، ولكن للأسف الشديد سُدَّ الباب ، غير أنه بالمقارنة بين إثبات الزواج بالبينة الشرعية وإثبات القتل بالبينة الشرعية – وقد يكون فيها الإعدام للقاتل – نجد الخطر أشد في إثبات القتل بالبينة ، ومع ذلك لا يزال سماع البينة في إثبات القتل موجودًا ، فإثبات الزوجية أولى بالبينة ، ففيه مصلحة كبيرة للهيأة الاجتماعية [2] .

---

(1) قاعدة : ولي الأمر له أن يخصص القضاء في الزمان والمكان والحادثة .

(2) جاء في الشرح الكبير 185/4 : إن حضر عدلان وقت القتل أو الجرح فالعبرة بشهادتهما .

نتيجة المقارنات من بند 113 إلى نهاية بند 149

يتفق التشريعان فيما يأتي : العدة ، إعلان الزواج (في الجملة) ، عقد الزواج نفسه ، المعارضة في الزواج (في الجملة) ، نتائج المعارضة في الزواج ، إلغاء الزواج ، مانع الزواج التحريمي ، مانع الزواج الملغى (في الجملة) ، الفسخ ، عدم الوجود ، الإلغاء العام ، الإلغاء الخاص ، الزواج الفاسد ، دليل الزواج .

ويختلف التشريعان فيما يأتي : تحريم الزواج لقرابة التبني ، معافاة ممكنة من التحريم ، الإعلان عن الزواج ، الإعلان عن الزواج في القانون الدولي ، مانع الزواج التحريمي (في بعض صوره) ، نتائج إلغاء الزواج .

بند [150] الكتاب الثاني

نتائج الزواج

القانون الفرنسي : ينتج عن الزواج ثلاث نتائج هامة .

أولًا – واجبات متقابلة بين الزوجين .

ثانيًا – خضوع المرأة إلى زوجها أو السلطة الشرعية للزواج .

ثالثًا – عدم أهلية المرأة المتزوجة [1] .

بند [151] القانون الروماني

يُنْظَر للزواج في القانون الروماني من ثلاث نواح [2] :

أولًا – بين الزوجين ، ففي الزواج مع سلطة الزوج تكون الزوجة كبنت العائلة وكأخت لأولادها ، وتنقطع كل علاقة وقرابة بين عائلتها الأولى وبينها ، وجميع أملاكها تكون ملكًا للزوج وما تملكه كذلك مدة الزوجية ، وعند موت زوجها ترث فيه كأحد أولاده لصلبه فتعد واحدًا منهم .

وأما الزواج بدون سلطة الزوج فتبقى المرأة تحت سلطة رئيس عائلتها الأولى ، وتبقى أجنبية من الزوج ومن عائلته ؛ فلا يملك عليها سلطانًا لا في أملاكها ولا في السكنى ، ولو كانت قاصرًا فوليها أو وصيها هو الذي كان قبل الزواج ، ولا تصبح رشيدة بالزواج بل تبقى كما هي ، كذلك أملاكها تبقى لها ملكيتها فلا حق للزوج في إدارتها ولا في التمتع بها سواء أكانت أملاكها وجدت قبل الزواج أو بعده ، ثم أعطي حق تملك المهر للزوج ، فإذا مات الزوج بقيت الزوجة بعيدة عن ملكه فلا ترث من ملكه شيئًا ، ثم أعطيت من تركته مثلما يعطى الزوج من تركتها .

ثانيًا – بين الزوجة وأولادها ، فإن كان الزواج مع السلطة اعتبرت الزوجة مع أولادها كأخت لهم ، وإن كان الزواج بغير سلطة اعتبرت الزوجة غريبة من

(1) انظر : البنود من 203 إلى 211 في الباب الخامس ، من الكتاب الخامس من تعريف القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 49 : 51 .

(2) انظر : الباب العاشر من الكتاب الأول في النكاح الصحيح من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، ص 20 – 24 .

أولادها فلا قرابة مدنية بينهم ، فأولادها تابعون لرئيس عائلة الزوج ، وهي لا زالت تابعة لرئيسها الذي كان قبل الزواج .

فلو ماتت أو مات أبناؤها فلا ميراث بينهم لعدم القرابة المدنية بينهم .

ثالثًا – بين الزوج وأولاده ، دائمًا الأولاد تحت سلطة أبيهم سواء أكان الزواج مع السلطة أم بدونها . أما زواج العبيد فهو جمعية بالفعل فقط بلا نتائج قانونية .

بند [152] التشريع الإسلامي

ينتج عن الزواج ثلاث نتائج هامة :

أولًا – حل التمتع لكل من الزوجين بالآخر بما أحله اللّه ﴿ فَأْتُوا۟ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ﴾ [1] ، وحصول التحريم لأصول وفصول كلٍّ وما نص عليه فى آية ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ [2] إلخ وجواز العشرة بينهما أمام الناس بلا نكّير .

ثانيًا – واجبات متقابلة بين الزوجين .

ثالثًا – خضوع المرأة لزوجها أو وجود السلطة الشرعية للزوج .

وأما الزوجة فأهليتها قبل الزواج هي أهليتها بعده ، وإنما تمنع الزوجة من التبرع بما زاد على الثلث [3] في مذهب مالك . ولا تُمْنَع عن شيء إطلاقًا ما دامت رشيدة عاقلة بالغة رفعت [4] عنها الوصاية (مذهب أبى حنيفة) ، وسيأتي ذلك مفصلًا في محله (الحجر) .

---

(1) سورة البقرة الآية رقم 223 . (2) سورة النساء الآية رقم 23 .

(3) جاء في الخرشي 306/3 : أن الزوجة الحرة الرشيدة التي في العصمة لا الرجعية يحجر عليها زوجها ، ولو عبدًا ، في تبرع زاد على ثلثها . وكذا في الكفالة بزائد على ثلثها وسواء تكلفت بموسر أو معسر ، وإنما ذلك في الزوجة الحرة الرشيدة ، فإن لم تكن كذلك فالحجر للولي ولو في دون الثلث ... والظاهر أن الحاجر هو الزوج . واعترضه بعض الشيوخ بأن المناسب أن يقول : وحجر الشرع على الزوجة لزوجها .

(4) جاء في فتاوى قاضيخان أنه : « إذا كانت المرأة تحت زوج فاختلعت على مال فإن الطلاق يكون بائنًا لأنها من أهل الالتزام بالمال . وإن حاضت الجارية أو احتلم الغلام أو تأخر ذلك فاستكمل الغلام تسع عشرة سنة والجارية سبع عشرة سنة وأونس منهما الرشد واختبرا بالحفظ لأموالهما والصلاح في دينهما دفعت إليهما أموالهما . الفتاوى الهندية 61/5 .

بند [153] واجبات الزوجين المتقابلة

القانون الفرنسي :

أولًا – حفظ العرض وعدم خيانة أحدهما للآخر ، ويترتب على الخيانة في العرض الحكم المدني والجنائي الذي يمكن أن يصل في حق المرأة إلى سنتين سجنًا ، وحكم الرجل الزاني يختلف عن امرأته إذا زنت فيشترط في زنى الرجل أن يتكرر زناه في بيت الزوجية ويحكم عليه بغرامة فقط . وأما المرأة فهي معاقبة أنَّى كانت وقت ارتكاب الجريمة ، وقد يصل سجنها إلى سنتين ؛ لأن زنا المرأة قد يخلط الأنساب بخلاف الرجل ، وهذا تعليل غريب [1] .

ثانيًا – واجب المساعدة في واجبات الحياة المعيشية ويظهر هذا في :

أولًا – عند انفصال الزوجين عن بعضهما اتفاقيًا أو قضائيًا ، فالزوج الذي في حاجة للنفقة يرفع للقضاء طالبًا تقدير نفقة شهرية يدفعها له الآخر متى كان في سعة .

ثانيًا – الزوج الباقي بعد وفاة الآخر يمكنه طلب نفقة من التركة المتوفى عنها في مدة سنة بشرط أن يكون محتاجًا ، وأن تكون العصمة باقية للوفاة حتى ولو بالتفريق فقط دون الطلاق ، ويُقَسَّم فرض النفقة بين الورثة كل حسب نصيبه في الميراث ، ويكون فرض النفقة خاضعًا للظروف المعيشية غلاء ورخصًا .

ثالثًا – العناية والعون الأدبي ، وينحصر الواجب في هذا على العناية الشخصية بالزوج المريض أو العاجز عن العمل وعلى المساعدة الأدبية بأن يكون عضدًا له في مختلف مخاطر الحياة ، فإذا أهمل الزوج الصحيح هذا الواجب كان تحقيرًا شديدًا للمريض ، وكان سببًا للطلاق أو التفريق الجسماني .

رابعًا – المساكنة والمعاشرة ، وهي وجوب سكنى الزوجة مع زوجها في أي محل يحبه ويرى فيه مصلحته ، ويجب عليه قبولها معه وتوفير واجبات الحياة لها حسب طاقته ، وطريق تنفيذ هذا الواجب هو :

أولًا – حفظ أو حجز إيراداتها أو الحكم عليها بغرامة يومية ما دامت بعيدة عن

---

(1) انظر : بند 203 في الباب الخامس من الكتاب الخامس ، وكذا البنود من 212 إلى 214 في الباب السادس من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 49 : 51 .

بيت الزوجية .

ثانيًا – الحكم على الزوج بفرض نفقة لها أو الحكم عليه بتعويض عند رفضه عشرة زوجته ، وينقطع واجب المساكنة والمعاشرة متى صدر قرار قضائي بالتفرقة الجسمانية أو كان الزوج يعامل زوجته معاملة سيئة وكان يجعل إقامتها معه غير ممكنة من شكل حياته معها .

بند [154] التشريع الإسلامي

حفظ العرض وعدم خيانة أحد الزوجين واجب مقدس ، بل والواجب على كل مسلم متزوج وغير متزوج ذكرًا وأنثى عدم الزنا . ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴾ [1] ، ويترتب على الخيانة في العرض (الزنا) أحد أمرين :

أولًا – متى ثبت الزنا بإقرار أو بشهادة أربعة شهود عدول ، رأوا المرود في المكحلة بشروط شهادة الزنا وأركان ثبوته (راجع الحدود في الزنا) أقيم الحد على الزاني منهما بلا فرق بين الذكر والأنثى وهو الرجم حتى يموت [2] .

ثانيًا – إذا رأى الزوج فقط ، أو اعتمد على شهادة عدول دون الأربعة ، أو علم بما لا يدع مجالًا للشك في خيانة الزوجة فله أن يطلقها من غير فضيحة وهو أولى ، وله أن يلاعنها بأن يشهد أربع مرات أنه رآها تزني وأنه صادق . والخامسة أن لعنة اللّه عليه إن كان من الكاذبين . ثم تشهد هي أربع مرات (أشهد باللّه ما رآني أزني ، وإنه لكاذب) . والخامسة أن غضب اللّه عليها إن كان من الصادقين . (يراجع باب اللعان) [3] .

---

(1) سورة الإسراء الآية رقم 32 .

(2) جاء في الخرشي 198/7 وما بعدها أن الشهادة على فعل الزنا وعلى فعل اللواط لا تثبت إلا بأربعة عدول لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰتِى يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾ ... شريطة أن يشهدوا بزنا واحد في وقت واحد في موضع واحد ويذكروا اتحاد وقت الرؤيا للقاضي وإن اختلفوا في وقت الرؤيا بطلت شهادتهم ... وأنه أدخل فرجه في فرجها . يعني أن شهود الزنا لا بد أن يشهدوا في وقت واحد بزنا واحد برؤية واحدة وأنه أدخل فرجه في فرج المرأة كالمرود في المكحلة في البكر والثيب . ويثبت بإقراره مرة إلا أن يرجع مطلقًا أو يهرب وإن في الحد .... قال ابن عرفة نصوص المدونة وغيرها واضحة بحد المقر بالزنا طوعًا ولو مرة واحدة وفي الصحيح اغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها فغدا عليها فاعترفت فأمر بها فرجمت .

(3) جاء في الشرح الكبير 466/2 : وإن شهد الزوج مع ثلاثة بزنا زوجته التعن الزوج ثم التعنت بعده وفرق بينهما وحد الثلاثة لعدم الاعتداد بشهادة الزوج إلا أن (يظهر حمل) بها مع إنكاره الوطء ولم تعلم خلوه ولم =

ومتى تم التلاعن فسخ النكاح ؛ وحرما على بعضهما مؤبدًا ؛ ونفي الولد والحمل [1] ؛ وسقط الحد ، وهذا هو العدل السماوي بالتسوية في الحكم حتى تنتفي العلة ، وهو أن الزنا خلط في الأنساب من الرجل ومن المرأة ، ولا يمكن لعاقل أن يقول : إن التشريع الوضعي قد أنصف المرأة بعد هذا ، ولكن هي أنانية الرجل يشرع لنفسه حسب ما تهوى ، والله المشرع الحكيم يشرع لمصلحة المجتمع ولا ينشد إلا العدل المطلق ، فيجب للزوج على زوجته الأمانة في عرضها وفي ماله ، وعلى الزوج حفظ عرضها ، وعلى الزوجة الخدمة الداخلية من عجن وطبخ وكنس وفرش له ولها فقط واستيفاء ما جرت به العادة .

واجب المساعدة بين الزوجين ينحصر في أن الزوجة عليها الخدمة الداخلية من عجن وطبخ وكنس وفرش واستيفاء ما جرى به العرف ، وفي أن الزوج ينفق على بيته وزوجته وأولاده حسب وسعه ومقدرته ، وليس على المرأة إنفاق على الزوج ولا في المنزل ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ ﴾ [2] ، فالتشريع السماوي يوجب الإنفاق على الزوج ليكون زوجًا موفور الكرامة مرفوع الرأس ، فيجب للزوجة المطيقة الممكنة على البالغ قوت وإدام وكسوة ومسكن باعتبار حالهما ، فإن اختلفا يسارًا وإعسارًا فنفقة الوسط فيفعل ما يراه صالحًا لزوجته ومنزله ، فإن فرضنا على الزوجة الإنفاق كان لها الرأي أو على الأقل بقدر ما تنفق فتتصرف كما تشاء ، فيفسد المجتمع من جميع نواحيه أخلاقيًا وأدبيًا .

ويرى التشريع الوضعي أن الزواج جمعية من شخصين ومن مال ، ويريد بذلك الوصول إلى عدم الطلاق والمعاشرة حتى الممات ، وهو مخالف للخلقة البشرية وسالب للحرية الشخصية . وأما التشريع الإسلامي فقد قدس الحرية الشخصية للمرأة فجعل للزوج سلطة مقدرة بقدر معين على زوجته بحيث لا يتعدى ما يشمله عقد الزواج ، وترك للمرأة حرية التصرف فيما تملك ، وقد أخذ المتشرعون الوضعيون

= ينفه بلعان . فإن طلقها اعتدت بوضعه وإن لاعن استبرأت بوضعه على كل حال ، لكن فيما إذا لم ينفه وأطلق يسمى عدة ويترتب عليه أحكام العدة من توارث ورجعة ونفقة ، بخلاف ما إذا أنفاه بلعان فإنه يسمى استبراء ولا يترتب عليه ما ذكر .

(1) قاعدة : متى تم التلاعن فسخ النكاح ، وحرما على بعضهما مؤبدًا ونفي الولد والحمل .

(2) سورة النساء الآية رقم 34 .

يعودون شيئًا فشيئًا للزواج الحر مع انفصال الأموال واحتفاظ كل من الزوجين بماله وهي نظرية الشريعة السماوية . يجب على الزوجين أن يتعاونا لمغالبة الأحداث وتأسيس عائلة على وفاق وحب كل فيما تخصص له ، فعلى الزوجة العناية بمصلحة زوجها الداخلية وصحته حتى يكون قادرًا على كسب قوتهما وعدم التبذير والإسراف فيما وكله الزوج إليها للنفقة على البيت ، وعلى الزوج أن يحسن عشرتها فلا يسيء إليها ولا يعاملها بقسوة ، ويعتني بها إذا مرضت (ونفقة الطبيب والدواء من مالها إن كانت موسرة) وقيل : على الزوج الموسر ، وقيل : لا يلزمه شيء ، وقيل : يلزمه بقدر فرق نفقتها حال المرض ، والأولى في ذلك العرف ، وهو على الموسر إن كانت فقيرة وإلا ففي مالها ، فإن ضارها الزوج بما لا يُحْتمل الإقامة معه أو أساء إليها في معاشرتها فلها طلب الطلاق ، فإن طلق الزوج فَبِها ، وإلا رفعت أمرها للقاضي ، ومتى ثبت مضاربته لها طلق عليه ﴿ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ ﴾ [1] ، وإن أساءت إليه في عشرتها ، وعجز عن تقويمها بالنصح ثم بالهجر إلخ طلقها ، ولا تفريق جسماني في الإسلام بدلًا عن الطلاق . فعلى الزوج دفع الضرر عن زوجته ، وعليها طاعته في حقوقه الشرعية .

يجب على الزوج إسكان زوجته ، ويجب عليها السكنى مع زوجها في مسكن واحد ، وعليه القيام بكفايتها الشرعية بقدر حالهما ، ويجب على الزوجة طاعة زوجها والسكنى معه ، وليس لها الخروج إلا بإذنه ، ولا تجب عليها السكنى مع أقاربه ، ولا طاعته إذا لم يدفع لها المعجل من صداقها ، ولا الانتقال معه لأزيد من مسافة القصر ، وهو 82 كيلو متر ، وعليها الانتقال معه لبلد آخر متى كان السفر مأمونًا وموضع الإقامة مأمونًا ، وكون الزوج نفسه مأمونًا أي غير معروف بالأذى ، وكونه حرًا ، والبلد المنتقل إليها قريبة بحيث لا تخفى على الزوجة أخبار أهلها ، وأن تقام في البلد المنتقل إليها الأحكام ، ولهذا :

أولًا – متى امتنع الزوج من الإنفاق على زوجته أو إسكانها أو كسوتها طالبت بفرض نفقة تشمل كل هذه الأنواع؛ فيُحْكَم لها متى ثبت امتناع الزوج ، وينفذ الحكم على أمواله ، ويحبس في دين النفقة بشرط أن تكون مطيعة لزوجها غير ممتنعة عن معاشرته إلا بحق مخول لها شرعًا .

---

(1) سورة البقرة الآية رقم 229 .

ثانيًا – بما أن النفقة جزاء الاحتباس فإذا لم تدخل الزوجة طاعة زوجها تبطل نفقتها ؛ وتعتبر ناشزًا .

ثالثًا – إذا امتنعت الزوجة عن مساكنة زوجها لغير سبب شرعي ورفع الأمر للقاضي وجب عليه الحكم للزوج على زوجته بطاعتها له في المحل الذي عينه في دعواه متى استوفت الدعوى شروطها وصحت أدلتها ، وينفذ الحكم بالقهر عليها أيًا كانت .

ولا يجبر الزوج على معاشرة زوجته ومساكنتها ، فإن تضررت من ذلك الزوجة طلبت طلاقها لما لحقها أو يلحقها من الضرر . وينقطع واجب المساكنة متى طلقها الزوج أو ألحق بها ضررًا لا تطيق الإقامة معه ، ولا تتحقق العشرة الواجبة بين الزوجين ، ولها إذًا أن تطلب الطلاق منه .

بند [155] السلطة الزوجية

القانون الفرنسي : السلطة الزوجية تتحقق في الزواج بأن يكون الزوج رئيسًا للعائلة ، وتكون المرأة خاضعة لزوجها في شخصها ومالها وتنحصر في :

1 – عدم أهلية المرأة المتزوجة للتعاقد بدون إذن ومساعدة زوجها .

2 – تملك المرأة جنسية زوجها بالزواج .

3 – وحدة محل إقامة الزوجية ، فمحل إقامة الزوجة القانوني هو منزل الزوجية .

4 – حق الزوج في ملاحظة علاقات امرأته ، وما يرد إليها وما ترسله من الخطابات للغير .

5 – تسلط الزوج على إدارة أموالهما العامة وأملاك الزوجة في غالب أقسام الزواج ، وليس من حق الزوج تأديب زوجته مطلقًا ، حيث إنه يملك طلب التفريق والطلاق إذا كان عنده من الأسباب ما يبرر ذلك ، ولا يجوز البيع بين الزوجين ، وليس لأحدهما الرجوع فيما وهبه للآخر ، ولا عقد شركة أيًا كان نوعها بعد عقد الزواج وتسجيل عقد ترتيب أملاكهما [1] .

---

(1) انظر : البنود 214 ، 215 ، 217 ، 223 في الباب السادس من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 51 : 53 .

بند [156] التشريع الإسلامي

السلطة الزوجية تتحقق في الزواج بأن يكون الزوج رئيسًا للعائلة ، وأن تكون الزوجة خاضعة لزوجها في شخصها فقط ، ولا شأن له في مالها إطلاقًا عند أبي حنيفة ، أو فيما قل عن الثلث في التبرع في مذهب مالك .

والمرأة المتزوجة لها الأهلية الشرعية في جميع أنواع التصرفات والعقود ما دامت غير محجور عليها وبالغة عاقلة رشيدة (فقط تمنع من التبرع بأزيد من ثلث مالها عند الإمام مالك) [1] وعند أبي حنيفة لا تتقيد بشيء ، وتملك جنسية زِوجها فإن كانت حربية وتزوجت بذمي فهي في حكم الذمية إلخ ، يصح أن يكون محلها الشرعي هو محل إقامة الزوج متى كانت معه ، فإن اشترطت عدم نقلها من بلدها أو بقيت بالفعل فمحل إقامتها هو محل وجودها بالفعل ؛ لأن لها اشتراط مثل هذا الشرط ؛ لأنه لا يتعارض مع المراد من الزواج ، وفيه مصلحة ملحوظة لها [2]

---

(1) جاء في الشرح الكبير 307/3 وما بعدها : أن للزوج الحجر على الزوجة الحرة الرشيدة فيما زاد على الثلث من أنواع التبرعات ، ولو كان الزوج عبدًا ؛ لأن الغرض من مالها التجمل به ، والزوج ولو عبدًا له الحق في التجمل من مالها دون سيده في تبرع زاد على ثلثها .

(2) جاء في المدونة 160/2 : « قلت : أرأيت إن تزوج امرأة على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرَّى أيفسخ هذا النكاح وفيه هذا الشرط ... قال مالك : النكاح جائز والشرط باطل (قلت) لم أجاز مالك هذا النكاح وفيه هذا الشرط (قال) قال مالك أجازه سعيد بن المسيبب وغير واحد من أهل العلم وليس هذا من الشروط التي يفسد بها النكاح . وقد روى الليث بن سعد وعمر بن الحارث عن كثير بن فرقد عن سعيد بن عبيد اللّه بن السباق أن رجلا تزوج امرأة على عهد عمر بن الخطاب فشرط لها أن لا يخرجها من أرضها فوضع عنه عمر الشرط وقال : المرأة مع زوجها ، وليس هذا من الشروط التي يفسد بها النكاح » .

وفي المغني لابن قدامة : أن الشروط في النكاح تنقسم أقسامًا ثلاثة : أحدها ما يلزم الوفاء به وهو ما يعود إليها نفعه وفائدته ، مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها ولا بلدها ولا يسافر بها أولا يتزوج عليها ولا يتسرى عليها فهذا يلزمه الوفاء لها والليث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي قال أبو حنيفة والشافعي : يفسد المهر دون العقد لها مهر المثل واحتجوا بقول النبي ﷺ [كل شرط ليس في كتاب اللّه فهو باطل وإن كان مائة شرط] وهذا ليس في كتاب اللّه ولأن الشرع لا يقتضيه وقال النبي ﷺ : [المسلمون عند شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالًا] وهذا يحرم الحلال وهو التزوج والتسري والسفر . المغني 548/6 ، 549 .

ومن الواضح من هذا أن الحنابلة يتوسعون في تصحيح الشروط المقترنة بعقد الزواج وهو ما انتهى إليه المتأخرون من فقهاء الأحناف ، حيث أخذوا بتصحيح الشروط المقترنة بعقود الزواج إذا جرى بها العرف . وطبقا لذلك فإن ما قبله العرف من الشروط يعد من الشروط الصحيحة التي يلزم الزوج الوفاء بها .

(مالك وابن حنبل) وللزوج ملاحظة زوجته في كل شيء له علاقة بشخصها ، وله منعها من الخروج للزيارات والاختلاط ومن المراسلات لمن لا يحب ، ويجب على الزوجة عدم السماح لأحد بالدخول لمنزل الزوجية ما دام زوجها غائبًا .

ولا يملك الزوج بالزواج أي شيء من أملاك زوجته حتى ولا إدارتها ، ولها أن توكل غيره في جميع شئونها ما دام لم يمس عرضها ، ولا حقَّ زوْجِها بشيء ، كمَحْرم أو شيخ فان إلخ .

وللزوج حق التأديب على زوجته ، فإن خالفته فيما يرى أنه حق مقرر شرعًا له كأن عصته في الفراش ، أو أدخلت من لا يريده زوجها ، أو خرجت بغير إذن لفسحة أو ملاهي فله وعظها أولًا بالحسنى وبيان المضار الناتجة عن هذا العمل ، وأنه لا يرضيه بل يؤلمه ، فإن لم ترجع هجرها في المضجع كما يرى من المدة بحيث لا يزيد عن أربعة أشهر ، فإن لم ترجع ضربها تأديبًا بما لا يكسر عظمًا ولا يهشم لحمًا ولا يترك أثرًا ، فإن لم يفد بعث حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها يتحسسان أوجه الخلاف ويقضيان بما يريانه ، وعلى القاضي إنفاذ حكمهما ، وله الطلاق كما يرى قبل كل هذا ، ولها الطلاق متى كانت العصمة في يدها كما يأتي حكمه وبيانه في (كتاب الطلاق) [1] .

ويجوز البيع بين الزوجين فهما كأجنبيين في الأملاك ، ولهما عقد شركة بينهما كما يريان مصلحة لهما من أي نوع من أنواع الشركات . وليس لأحد الزوجين الرجوع في هبته للزوج الآخر متى وقعت الهبة صحيحة لازمة إلا إذا اشترطت ذلك عليه لأنها للصلة والحنان . بل والرجوع في الهبة [2] ممنوع شرعًا للحديث (الراجع في هبته كالكلب الراجع في قيئه) [3] على تفصيل وشروط في باب الهبة فليرجع إليه .

---

(1) جاء في المدونة 125/2 : (قلت) أرأيت إن ملكها أمرها فقالت قد قبلت نفسي (قال) قال مالك هي البتة إلا أن يناكرها الزوج (قلت) فما فرق ما بين قد قبلت أمري وقبلت نفسي (قال) لأن قولها قد قبلت أمري إنما قبلت ما جعل لها من الطلاق ، فتُسْئَلُ عن ذلك كم طلقت نفسها وللزوج أن يناكرها في أكثر من تطليقة إن كانت أرادت بقولها قبلت أمري الطلاق ، وإذا قالت قد قبلت نفسي فقد بينت أنها قبلت جميع الطلاق حين قبلت نفسها فهي ثلاث إلا أن يناكرها الزوج ولا يحتاج ههنا إلى أن تسئل المرأة كم أرادت من الطلاق لأنها قد بينت في قولها قد قبلت نفسي .

(2) جاء في شرح الزرقاني على موطأ مالك : (مالك عن داود بن الحصين عن أبي غطفان ابن طريف المزي : أن عمر بن الخطاب قال : « من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها » . أي لا يجوز له ذلك ولا يعمل برجوعه . شرح الزرقاني 46/4 .

(3) عن ابن عباس ﷺ قال : قال النبي ﷺ [ليس لنا مَثَلُ السَّوْءِ . الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في =

بند [157] عدم أهلية المرأة المتزوجة

القانون الفرنسي : عدم أهلية المرأة يكون في أن المرأة المتزوجة لا تباشر عقودًا مدنية بدون إذن زوجها ، والمرأة الخالية من الزواج هي والرجل سواء ، وذلك لاعتبار الزواج شركة وأن الزوج رئيسها ؛ فوُضِعَت المرأة في المكان الثاني كشريك فقط ، وقد نتج عن عدم أهلية المرأة المتزوجة ما يأتي [1] :

أولًا – أي عقد يصدر من الزوجة لا يكون صحيحًا إلا بإذن الزوج .

ثانيًا – إذا رفض الزوج إجازة أي عقد صدر عن زوجته فليس لأي سلطة إجازة ذلك .

ثالثًا – عند عدم أهلية الزوج أو غيابه فلا تحتاج زوجته لإذن أحد (أخذًا من أنه إذا غاب الرئيس حل محله من يليه) .

رابعًا – المرأة المتزوجة التي أذن لها زوجها في التجارة تجبر مال الزوجين ، وتجبر مال الزوج في الضمان عند الخسارة .

خامسًا – إذا صدر عن المرأة المتزوجة أي عقد فهو باطل في حق الزوج الذي له وحده حق طلب إلغائه ، وللمتعاقد معها طلب تنفيذ ما اتفقا عليه في هذا العقد بعد انحلال الزوجية .

وقد بُنِيَت عدم أهلية المرأة في القانون على :

أولًا – حماية المرأة بسبب عدم أهليتها الطبيعية .

ثانيًا – أن هذه نتيجة لسلطة الرجل الزوجية .

بند [158] التشريع الإسلامي

المرأة الحرة الرشيدة البالغة العاقلة حرة في التصرف في أموالها بسائر أنواع العقود الموجبة والسالبة (ما عدا تبرعها بما زاد على ثلث أموالها إذا كانت متزوجة) [2]

= قيئه] أخرجه البخاري ك . الهبات . ب 3 لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته .

* عن ابن عمر ﵄ عن النبي ﷺ قال : [العائد في هبته كالكلب يعودُ في قيئه] أخرجه ابن ماجه في سننه كتاب الهبات ، باب الرجوع في الهبة ، حديث رقم (2386) 797/2 ط . الحلبي 254 .

(1) انظر : بند 217 ، 219 ، 220 ، 222 ، 224 في الباب السادس من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 52 ، 53 .

(2) جاء في الشرح الكبير للدردير 307/3 وما بعدها أن للزوج الحجر على زوجته : فيما زاد على الثلث من أنواع التبرعات فقال وحجر على الزوجة الحرة الرشيدة ،... لزوجها البالغ الرشيد أو ولي السفيه .... وفي =

بكرًا أو ثيبًا متزوجة أم لا ، ولا علاقة بين زواج المرأة ومالها إطلاقًا فلها البيع والشراء والرهن والتجارة (إلا إذا خرجت لمباشرتها فتضيع حق زوجها أو يلحقه ضرر أدبي أو مادي فله منعها وليس لأحد غيره أن يأذن لها في ذلك أو يرفض) ، والمرأة المتزوجة ملزمة بعقودها كأي شخص يتعاقد مستوفيًا للشروط الشرعية . وعدم أهلية المرأة الطبيعية الناتجة عن أصل خلقتها (من طمث وحمل وولادة وإرضاع إلخ) لا يجعلها أهلًا لتولي الوظائف العامة كالقضاء والنيابة [1] والسعي على تحصيل الرزق ما دام متوافرًا لها من زوجها . وقد نظر الشرع الإسلامي إلى ضعف المرأة من هذه الناحية الخلقية فأجاز شهادتها مع أخرى في المال مكان رجل ﴿ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ ﴾ [2] أو شهادتها في مكان تطلع عليها دون الرجال كالولادة والحيض [3] إلخ . وإلا لو نسبنا عدم الأهلية للمرأة إلى عدم أهليتها الطبيعية لكانت المرأة غير أهل متزوجة وغير متزوجة ، لهذا كانت القوانين الوضعية قتلًا للمرأة وإهدارًا لشخصيتها الشرعية في زوجها ولولا الطبيعة البشرية في المرأة لأن تكون أما تجبرها للافتراش للرجل والله ما فكرت إطلاقًا في الزواج الذي يسلبها نعمة الأهلية الشرعية ولهذا أخذت المفكرات من النساء يُحْجِمن عن الزواج إبقاء لشخصياتهن وحفظًا لكرامتهن من هذا التشريع

إقراضها أي دفعها مالًا قرضًا لأجنبي يزيد على ثلثها بغير إذن زوجها رد ذلك ، ومنعه لأنه معروف كالهبة ولأنها قد تخرج لمطالبتها به ، وهو الأظهر ، وأما دفعها مالا قراضًا لعامل فليس فيه قولان ، لأنه من التجارة وهو جائز .

(1) لا خلاف بين الأصوليين على أن الحيض لا يعدم أهلية الوجوب ، ولا أهلية الأداء ، لعدم إخلاله بالذمة ولا بالعقل ، والتمييز ، وقدرة البدن . فالمرأة الحائض كاملة الأهلية ، وإن كان الشارع قد رتب على الحيض بعض الاحكام الخاصة التي تتناسب وحالة المرأة . وقد نص فقهاء المالكية على اشتراط الذكورة والعدالة في تولي منصب القضاء فالخنثى المشكل حكمه حكم المرأة . الخرشي 138/7 ، 139 وجاء في حاشية الدسوقي 129/4 لا أنثى ولا خنثى ، أي فلا يصح توليتهما للقضاء ولا ينفذ حكمها .

(2) سورة البقرة الآية رقم 282 .

(3) جاء في الشرح الكبير للدردير 187/4 وما بعدها في حكم شهادة المرأة ، وأحوال هذه الشهادة ، فذكر أن امرأتين تشهدان مع العدل ، أما إذا كان المشهود به مما لا يظهر للرجال فتكفي امرأتان عدلتان كولادة شهدتا بها ولو لم يحضر شخص المولود (وعيب فرج) في أمة اختلف فيه البائع والمشتري كحرة ادعاه زوجها وأنكرت ورضيت برؤية المرأتين ... واستهلال مولود وحيض ونكاح بعد موت .

الوضعي ولكن انظر تشريع الحكيم الخبير الذي أعطى للمرأة ما تستحق ، ولم يجعل للرجل عليها سلطانًا إلا في حدود مقتضى عقد الزواج وهو المحافظة على ذاتها الشخصية وحقوق الزوج في ذلك من قرب أو بعد ، وليس بعد ذلك إنصاف ولا عدل فليطلع المتفرنجون والمتفرنجات على هذا التشريع الحكيم وكفى .

بند [159] ما يشمله عدم أهلية المرأة المتزوجة

القانون الفرنسي :

أولًا – لا يجوز للمرأة المتزوجة الحضور أمام القضاء لا مدعية ولا مدعى عليها بدون إذن زوجها إلا في :

1 – دعوى النيابة العامة فيما ارتكبته الزوجة من جنح أو جنايات أو مخالفة ولو تبع هذا الحق المدني فلا تحتاج لإذن زوجها ، وأما دعوى التعويض الأساسية فلا بد من إذن الزوج فيها .

2 – فيما حماها قانون سنة 1907 في المحافظة على مكسبها من عملها فتدعى ويدعى عليها فيه بدون إذن زوجها .

3 – فيما حماها قانون سنة 1909 في المحافظة على أملاك العائلة غير القابلة للحجز عليها فلا تحتاج لإذن زوجها .

ثانيًا – لا يجوز لها الهبة لأحياء ، ولا يجوز لها التملك بدون عوض كهبة أو وصية لها من الغير .

ثالثًا – لا يجوز لها التمليك نظير مقابل كبيع أو مقايضة أو ترتيب حقوق عينية على عقار ، ولا يجوز لها عقد رهن ؛ لأن من يملك البيع يملك الرهن ، ولا يجوز التملك لها بعوض كمشترى .

رابعًا – لا يجوز لها أن تلزم نفسها بالوفاء في أي عقد إلا إذا كانت تاجرة فلها ذلك فيما يختص بالتجارة ، ولا يجوز لها أن تشتغل في مهنة أيًّا كانت بدون إذن زوجها كتاجرة أو ممثلة أو محامية [1] .

---

(1) انظر : البنود من 215 إلى 217 وبند 220 في الباب السادس من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 51 ، 52 .

بند [160] التشريع الإسلامي

المرأة المتزوجة العادية التي تخرج عادة لها المرافعة أمام القضاء مدعية أو مدعى عليها بدون إذن زوجها ، والنساء المخدرات الملازمات لخدرهن يوكلن من ينوب عنهن ممن يثقن به أو يبعث لهن القاضي واحدًا من طرفه لمنزلهن يسمع دعواهن ، ولا تخرج للتجارة والبيع والشراء إلا بإذن زوجها ، وله منعها من الخروج للمخاصمة إلا بإذنه فإن امتنع يجبر عليه قضاء (وفي هذا بحث طويل في مذهب مالك) [1] . فإن خرجت بدون إذنه فيما يجب إذنه لها فيه اعتبرت ناشزًا ومنعت من ذلك جبرًا ، ولا نفقة لها ما دامت خارجة عن إذن زوجها .

هذا في المسائل الخاصة وأما في المسائل العامة كأن تعلق حق اللّه بخروجها لمجلس القضاء كأداء شهادة أو لقصاص أو أرش جناية وجب عليها الحضور لمجلس القضاء . وأما عقودها فهي لازمة نافذة بدون إذن زوجها في المال ، وأما عقودها على شخصها المقتضية استيفاء منفعة أو أداء خدمة منها شخصيًا فلا تجوز إلا بإذن زوجها ؛ لأن فيها ضياع حقه المراد من الزواج في وجودها في منزل الزوجية وتربية أولادهما وإدارة المنزل وحق التمتع بها أنّى شاء . وقد تمرد المشرع الوضعي على القاعدة العامة من أن المرأة المتزوجة فقدت أهليتها الشرعية في زواجها فسن قانوني سنة 1907 وسنة 1909 ، وأباح للمرأة حقوقًا كانت ممنوعة ، وهو التصرف في أجر عملها الشخصي وفي أملاك العائلة الممنوع الحجز عليها أعني سنة 1907 ، واعترف للمرأة بأول حق ، وهو الحرية في أجر عملها ، وقد اعترف الشرع الإسلامي لها بكامل الحرية المطلقة منذ 1362 سنة فحكمة اللّه جل وعلا وعدله ستتحقق يومًا على وجه الأرض فيأتي إليها الإنسان مساقًا بحكم الظروف القهرية وسنن الترقي وطبيعة الخلقة البشرية ، وسيعمل الناس بقواعد العدل المنزلة على محمد ﷺ من

---

(1) جاء في الشرح الكبير للدردير 393/2 أن النشوز الخروج عن الطاعة الواجبة كأن منعته الاستمتاع بها أو خرجت بلا إذن لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه ... وجاء في الخرشي 7/3 أن الزوج إذا كان يضار زوجته فلها أن ترفع أمره إلى الحاكم فإذا ثبت عنده أنه يضارها فإنه يزجره عن ذلك ... وجاء في المغني لابن قدامة 20/7 أن الخروج يكون بإذن الزوج فلا يجوز لها الخروج إلا بإذنه ... وللزوج منع زوجته من الخروج من منزله إلى مالها منه بدٌّ 20/7 .

غير أن يقروا بنبوته ولا برسالته ، وهاهي روسيا ابتدأت تعمل في الزواج والطلاق بكل حرية حسب بعض قواعد التشريع الإسلامي ، ولله في خلقه شئون فهو المالك المتصرف في ملكه .

بند [161] القانون الفرنسي

ويستثنى من عدم أهلية المرأة المتزوجة ما يأتي :

أولًا – للمرأة المتزوجة عمل وصيتها بدون إذن زوجها ؛ لأنها عمل خاص بها ، ولأنه لا يظهر أثرها إلا بعد انحلال الزواج بالموت .

ثانيًا – لها طلب إبطال هبة عملتها لزوجها بدون إذن زوجها .

ثالثًا – لها الاعتراف ببنوة ولد طبيعي رزقت به من غير زوجها قبل الزواج بدون إذن زوجها .

رابعًا – لها استعمال السلطة الأبوية على ولدها من غيره أو منه إذا لم يمكنه مباشرتها لغيابه أو لمنعه أو لحرمانه منها ، وإدارة أموال ولدها الشخصية عند حرمان الأب منها .

خامسًا – التعاقد بالالتزامات الناتجة عن جنحة أو جناية ، ولها عمل تحفظات قضائية لحفظ حقوقها كقطع المدة القانونية أو رهن إلخ .

سادسًا – قبض وإدارة إيرادها في عملها ومطالبة زوجها بنصيبه في نفقة العائلة ، وإقامة عقار في أملاك العائلة غير القابلة للحجز التي احتفظت بحق إدارتها ، ووضع ما تقتصده في خزانة التوفير أو سحبه .

سابعًا – للمرأة المتزوجة المباشرة لمهنة أو المحترفة لأي عمل أن تقبل العمل في نقابة العمل المنتمية إليها وتشاطر في إدارتها بدون إذن زوجها [1] .

---

(1) انظر : بند 220 ، 226 من الباب السادس من الكتاب الخامس ص 52 ، 53 وبند 390 ، 393 في الباب الثاني من الكتاب العاشر ص 67 وبند 905 في الباب الثاني من الكتاب الثاني من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول وكذلك بند 1096 ص 245 في الباب التاسع من الكتاب الثاني في المقالة الأولى من نفس القانون وكذلك بند 1428 الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الخامس الجزء العاشر ص 14 .

بند [162] التشريع الإسلامي

للمرأة عمل وصيتها بدون تدخل الزوج ولا إذنه ، ومتى وهبت الزوجة في أقل من ثلث ما لها لزمتها ، وليس لها الرجوع فيها متى قُبضت ، وليس للزوج التعرض لها (عند مالك) ، وعند أبي حنيفة لا شأن للزوج في هبة زوجته مطلقًا قلت أو كثرت [1] .

وليس لها الاعتراف ببنوة طفل ، وهو (الاستلحاق) ، لأن ولادتها أمر حسي تقام عليه البينة فتثبت أمومتها بالبينة بخلاف الاستلحاق من الرجل لولد مجهول النسب فيصح ؛ لأن هذا النسب ليس أمرًا حسيًا تقام عليه البينة [2] (الشافعي ومالك) سواء أكانت متزوجة أم لا . وأما استعمال السلطة الأبوية فإن أقامها القاضي وصيًا استعملت السلطة الأبوية لصالح الصغير . وفي سن الحضانة الأم تتولى حفظ ورعاية الصغير ، ومتى استغنى عن خدمة النساء ضمه إليه أقرب العصبات من الذكور فهو أقدر على التربية والتعليم من الأم التي تغلب عليها شفقة الأمومة فتضر مستقبل الولد ، ويخشى على البنت بعد سن العاشرة (تراجع الحضانة) .

ولها قبض وإدارة إيرادها من عملها ومن أملاكها كيفما كانت ، وتطالب زوجها بنفقة البيت كاملة عليه هو ولا شيء عليها ، وليس للمرأة المتزوجة مباشرة أي عمل خارج عن واجبات بيت الزوجية بغير إذن زوجها ورضاه .

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 97/4 أنه ليس للزوج الحجر على زوجته في الواجبات عليها من نفقة أبويها فلا يحجر عليها في ذلك ، كما لو تبرعت بالثلث فأقل . ويختلف ذلك عن مذهب الأحناف والشافعية والحنابلة الذين أطلقوا حق المرأة البالغة الرشيدة في التصرف في مالها ؛ ففي المغني لابن قدامة 513/4 أن للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة ، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد . وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى : ليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض إلا بإذن زوجها ، وبه قال مالك .

(2) جاء في الوسيط في المذهب للغزالي 318/4 : المرأة إذا استلحقت فيه ثلاثة أوجه :

1 - أنه يُلحق بها كالرجل .

2 - لا ؛ لأنه لو أُلحق بها للحق زوجها ، وقبول قولها على زوجها محالٌ والإلحاق بها دونه محال .

3 - أنه يلحق الخلية دون ذوات الزوج .

وقد روى ابن القاسم عن مالك إذا ادعى اللقيط ملتقطه فلا قول له إلا ببينة ، قال رسول الله ﷺ : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبي منه لما رأى من شبهه عتبة بن أبي وقاص قالت فما رآها حتى لقي الله .... أراد عتبة استلحاقه على هذا الوجه ولم يقم له بينة من إقرارها فلم يلحق به ، المنتقى 5/6 .

بند [163] وكالة الخدمة

القانون الفرنسي : وكالة الخدمة ، يعتبر القانون تصرفات الزوجة كوكيل في مصاريف المنزل ومصاريفها الشخصية فهي تعمل باسم زوجها ، وهي التي لا يجب عليها السداد بل الزوج هو الذي يلزمه سدادها ؛ لأنها وكيلة فقط في ذلك ، وعدم أهلية المرأة المتزوجة يخفف ويغلظ تبعًا لعقد الزواج المدخول عليه ، ففي عقد احتفاظ الزوجة بأموالها وإدارتها تكون عدم الأهلية خفيفة ، وفي عقد الاحتفاظ بالمهر تكون عدم أهلية الزوجة شديدة الوطأة .

نهاية عدم أهلية المرأة المتزوجة : تنتهي عدم الأهلية بحل الزواج بالموت أو الطلاق أو بالتفريق الجسماني القضائي [1] .

بند [164] التشريع الإسلامي

يعتبر التشريع الإسلامي أن الزوج مسئول شرعًا عن نفقات بيته وزوجته أي يجب عليه الإنفاق للأكل والشرب والكسوة والمسكن وما يلزم للزوجة من حوائجها الشخصية المكلف بها شرعًا وعلى أولاده ، فإن أنفقت الزوجة على نفسها حال وجوبها عليه أو أنفقت على لوازم منزل الزوجية فالزوج ملزم بالسداد لما وجب عليه .

وحالة الزوجة قبل الزواج هي حالتها بعد الزواج فهي أهل كما سبق حتى بعد انحلال الزواج فهي حالتها أيضًا بلا تغيير .

بند [165] القانون الفرنسي

قواعد إذن المرأة : إذن المرأة يكون وقت العمل لا بعده فيسمى حينئذ تصديقًا أو إجازة عمل كان موقوفًا ، والإذن يكون من الزوج إلا في بعض أحوال فيكون من القضاء [2] .

---

(1) انظر : بند 1420 في الفصل الأول من الباب الثاني ، من الكتاب الخامس ، وكذلك بند 1421 في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الخامس ، وانظر : بند 1441 في الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 12 ، ص 16 .

(2) انظر : البنود من 215 إلى 226 من الباب السادس ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 51 .

وإذن الزوج يكون صراحة ، ويجب أن يكون كتابة ولو بجواب خاص أو ضمنًا ، ويجب أن يشارك الزوج زوجته في إتمام العمل المطلوب إذنه فيه ، ولا يكفي إذنه الشفوى ، ويكفي في التجارة بسماح الزوج وسكوته عن عمل زوجته التجاري فهو إذن ضمني .

ويجوز للزوج سحب إذنه من زوجته فكل عمل تعمله بعد ذلك لا تكون له قيمة قانونية إلا ما استثني سابقًا .

إذن القضاء : يجوز للمرأة المتزوجة طلب الإذن من القضاء (محكمة محل الإقامة المدنية) إذا رفض الزوج إعطاء ذلك بعد سماع أقوال الزوج .

فإن حكم على الزوج بحكم جنائي مخل بالشرف أو حكم باستبعاده فعلى الزوجة طلب الإذن من القضاء بعد سماع دعواها دون الزوج ، وللقضاء الإذن أو الرفض ، وكذلك إذا غاب الزوج أو حجر عليه أو جن أو كان الزوج صغيرًا عن سن الرشد .

وفي بعض المواضع لا يجوز إذن القضاء بدلًا عن الزوج ؛ منها :

1 - المرأة المتزوجة ليس لها قبول أن تكون منفذة لوصية بدون إذن زوجها هو فإن كانا مفترقين جسمانيًا بالقضاء ورفض الزوج فللقضاء الإذن لها .

2 - المرأة المتزوجة ليس لها عمل عقد تحكيم في خلاف بدون إذن زوجها هو .

3 - لا تقبل المرأة المتزوجة وظيفة أو عملًا تتعاقد عليه كممثلة أو تاجرة بدون إذن زوجها هو على خلاف في ذلك .

إذن الزوج أو القضاء للمرأة المتزوجة يكون خاصًا بكل عمل فلا يصلح إذن بالمبيع إلى رهن مثلًا ولا إذن بدون تعيين المشتري ولا ضمان دين بدون معرفة قدره إلا في الأعمال الإدارية أو في التجارة فيكفي إذن عام .

وفي العقد الذي يتم مع الزوج نفسه تكفى إجازة الزوج الضمنية وحدها ، على أن عدم أهلية الزوجة ينتج عن الزواج ، أو يجب إذن القضاء في هذه الحالة نظرًا لأن الغرض من عدم الأهلية ضعف المرأة الطبيعي واحتياجها للحماية ، ولكن الرأي الأول صحيح ، وعليه العمل قانونًا .

بند [166] التشريع الإسلامي

لا تحتاج المرأة المتزوجة في تصرفاتها إلى إذن زوجها في العقود المالية . أما عقودها الشخصية التي تتعلق بمنفعة ذاتية قد تضيع على الزوج حقه فلا بد من إذن الزوج كما سبق . والإذن كما يكون صريحًا يكون ضمنًا ، ويجوز له سحب تصريحه متى رأى أنه من مصلحته ، وليس سحب إذن الزوج من زوجته التي اشتغلت تاجرة أو طبيبة أو مرضعا مبطلًا لتعاقدها ، ولكن يحرم عليها التمادي ، فإن رفع أمرها للقاضي قضى له بما طلب ، وألزمها طاعة زوجها فيما هو من حقوقه الشخصية الناتجة عن الزواج [1] .

وإذن الزوج حق لشخصه لأنه هو الذي يلحقه الضرر فلا ينوب عنه القضاء في ذلك ، إلا إذا منعها من التقاضي أو من الخروج لزيارة والديها مثلًا ، فللقاضي إجباره على إذنها بذلك ، والحكم بالحجر على الزوج لا يسلبه هذا الحق ، فإن كان صغيرًا أو مجنونًا فلوليه النظر فيما يراه صالحًا له .

فإن رأى كون زوجته منفذة لوصية مُلْحِقًا به عارًا أو مُنقصًا لحقه أو مضيعًا له في اشتغالها بذلك جاز له منعها ، والإذن يتخصص بكل حادثة بما يراه الزوج [2] .

وللزوج أن يتعاقد مع زوجته على أي نوع من أنواع التعاقد ، تعاقد النظير للنظير بلا إذن أحد .

---

(1) جاء في الشرح الكبير 308/3 وما بعدها أن للزوج منع الزوجة من إقراضها مالًا لأجنبي يزيد على ثلثها بغير إذنه لأنه معروف كالهبة ولأنها قد تخرج لمطالبتها به . وأما دفعها مالا قراضًا لعامل فليس فيه قولان لأنه من التجارة . وهو أي تبرعها جائز أي ماض حتى يرد الزوج جميعه أو ما شاء منه على المشهور ومقابله مردود حتى يجيزه .

أما ضمان المال فله منعها منه ، مثل ضمان الوجه ؛ لأنهما يؤديان للخروج والزوج يتضرر بذلك وقد تحبس .

والمشهور المعتمد في المذهب المالكي أن رد الزوج رد إيقاف كما هو مذهب المدونة ورد إبطال عند أشهب ، وأما رد الغرماء فهو رد إيقاف .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 309/3 : وله رد الجميع لأنها لما تبرعت بالزائد حملت على قصدها إضرار الزوج فعوملت بنقيض قصدها ، فاندفع ما يقال أن الزوج ليس له رد الثلث ، فمقتضاه أنه لا يرد إلا الزائد . وظاهر قوله وله رد الجميع أي ولو بعد مدة طويلة ... وحق الزوج رد الجميع هو المشهور من المذهب المالكي .

بند [167] صيانة عدم الأهلية

القانون الفرنسي : نتائج إذن الزوج هي وقوع العقد أو العمل الذي تم من المرأة المتزوجة صحيحًا قانونًا . ونتائج عدم الإذن هو وقوع العقد غير صحيح قانونًا ، وهذا الفساد فساد خاص فليس لمن تعاقد مع المرأة غير المأذون لها أن يطلب الإلغاء ، فهذا الإلغاء يزول بمضي المدة أو بإصلاحه ، والذي يحق له طلب البطلان هو الزوج أو الزوجة أو ورثتهما فقط ، ويمكن للزوج المصادقة على تصرف امرأته ما دام الزواج قائمًا فيصبح التصرف صحيحًا قانونًا ، وللزوجة تصحيح تصرفها متى انحل الزواج أو تفرقا قضائيًّا .

ويصبح العقد صحيحًا بمضي عشر سنوات من يوم العقد بالنسبة للزوج ومن يوم حل العصمة بالنسبة للزوجة .

إذا حضرت الزوجة للتقاضي بدون إذن زوجها فالحكم يقع صحيحًا في ذاته غير أنه يصح فيه الاستئناف أو النقض ، فإذا لم يحصل فيه طعن قانوني في المدة المقررة حاز قوة الشيء المقضي فيه [1] .

بند [168] التشريع الإسلامي

نتيجة إذن الزوج لزوجته في التعاقد على عمل يمنع الزوج من استيفاء منفعته يوجب صحة التعاقد ، وعدم الإذن يخول للزوج حق الإلغاء فهو حق خاص للزوج ، وليس للزوجة حق طلب الإلغاء لأن العمل تم من جهتها فلا تنقضه . ويصبح العقد لازمًا متى سكت الزوج وأجازه صراحة أو ضمنًا ، وإذن الزوج يصح ما دامت الزوجية قائمة حقيقة أو حكمًا كما في عدتها منه . ومتى تفرقا بالطلاق وخرجت من العدة لزمها العقد نهائيًّا ، أما بيعها وشراؤها ورهنها وقرضها ووديعتها الخ . فلا دخل لأحد فيه فهو صحيح لازم ، وهذا الحق شخصي للزوج فإن لم يجزه صراحة أو ضمنًا ولا يعلم به فلا يفوت بمضي المدة ما دامت حقوق الزوجية قائمة .

إذا قاضت الزوجة أو تقاضت فالحكم صحيح ولو لم يأذن لها الزوج في حضور

---

(1) انظر : بند 1304 وبند 1312 في الفصل السابع ، من الباب الخامس ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 294 ، 295 .

مجلس للقضاء ، وليس للزوج التدخل إطلاقًا لا بالاستئناف ولا بالنقض ؛ لأنه ليس طرفًا في الخصومة ، ولا تلحقه الخصومة بأي ضرر [1] .

بند [169] القانون الفرنسي

قانون 13 يوليو سنة 1907 نص على غايتين :

أولًا – أجر المرأة الحر ، المرأة لها الحق فقط في قبض وتصريف أجر عملها فلها التوفير ومشترى عقار أو منقول ثم بيعه بدون إذن زوجها .

وبموجب قانون سنة 1919 للمرأة التي بلغت فوق 45 سنة ، وليس لها أولاد ولا أولاد أولاد يمكنها أن ترتب أملاكها إلى جهات البر والإحسان بدون إذن زوجها ، وللزوج مراقبة زوجته فإن أساءت إدارة هذه الأملاك أو تصرفت بما يعود عليها بالضرر فللزوج طلب الحجر عليها في كل أو بعض هذه التصرفات فإذا أثبت صحة دعواه سلبتها المحكمة هذه السلطة وعادت للزوج .

ثانيًا – حصة الزوجين في مصاريف المنزل ، إذا سلك الزوج مسلكًا لا يتفق مع الحرص على مصلحة بيته أو أولاده بأن كان مبذرًا فللزوجة الحق في أخذ إذن من قاضي الصلح يبيح لها فيه قبض ما يجب صرفه في المنزل من أجرته أو ماهيته من محل عمله .

يجوز للمرأة المتزوجة أن تقاضي وتتقاضى بدون إذن زوجها فيما خصها به قانون سنة 1907 [2] .

بند [170] التشريع الإسلامي

القوانين الوضعية تجعل المرأة بدون أهلية شرعية ما دامت متزوجة ، وهذا يسلب الزوجة اعتبارها كشخص له وعليه في هذه الحياة ، وقد سواها المشرع الإسلامي بالرجل منذ أول تشريع إلا في الميراث لأسباب اجتماعية ستذكر في بابه وفي باب

---

(1) قاعدة : إذا قاضت الزوجة أو تقاضت فالحكم صحيح ولو لم يأذن لها الزوج في حضور مجلس للقضاء وليس له التدخل إطلاقًا لا بالاستئناف ولا بالنقض ؛ لأنه ليس طرفًا في الخصومة ، ولا تلحقه الخصومة بأى ضرر .

(2) انظر : بند 1428 في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الخامس ، ص 14 وكذلك بند 1575 ، وبند 1576 في الفصل الرابع من الباب الثالث من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون الفرنساوي الجزء الثاني ص 50 .

الشهادة في المال دون الشهادة في الحدود ، ولكن قانون سنة 1907 قرر للمرأة بعض حقوقها في جزء خاص من أملاكها الناتجة عن أجر عملها ، وللزوج حق الإشراف على تصرف زوجته ؛ فإن أساءت كان له حق طلب الحجر عليها كما جعل للزوجة نفسها هذا الحق في النظر في تصرفات زوجها ؛ فإن أساء أو بذر جاز لها طلب الحجر أيضًا .

وليس على الزوجة المشاركة في نفقة المنزل ، فإن تبرعت بما يساعد زوجها كان أدعى للمودة بين الزوجين ولكن بدون وجوب عليها ، فإن امتنع زوجها من الإنفاق لأي سبب رفعت أمرها للقاضي ليقدر لها ما يجب على الزوج دفعه كل شهر ، فإن دفع فِبها وإلا حجزت بأمر القاضي على أجره الشهري أو أملاكه لاستيفاء النفقة المقررة . فإن لم تجد ما تستوفي منه النفقة أمره القاضي بالإنفاق أو الطلاق متى طلبت ذلك ، فإن أنفق فبها وإلا أمر بالطلاق ، فإن طلق فبها وإلا طلق عليه القاضي .

نتيجة المقارنات من بند 150 إلى نهاية 170

يتفق التشريعان فيما يأتي : نتائج الزواج (في الجملة) ، واجبات متقابلة بين الزوجين (في الغالب) ، حفظ العرض ، خضوع المرأة إلى زوجها ، العناية والعون الأدبي ، المساكنة والمعاشرة ، السلطة الزوجية (في بعض نواحيها) .

ويختلف التشريعان في : عدم أهلية المرأة المتزوجة ، واجب المساعدة في الحياة المعيشية ، السلطة الزوجية (في بعض نواحيها) ، وكالة الخدمة ، قواعد إذن المرأة .

بند [171] انحلال الزواج

القانون الفرنسي : ينحل الزواج بأحد أمرين :موت أحد الزوجين أو الطلاق ، وأما التفريق الجسماني القضائي فلا يحل عقدة الزواج إنما يوقف ما ترتب عليه فقط من علاقات الزوجية .

نتيجة حل الزواج : يترتب على حَلِّ الزواج حِلُّ الزواج للزوجين أو لأحدهما ، فيجوز الزواج للرجل عقب انحلال الزواج ، وعلى الزوجة أن تمكث بعده عشرة أشهر ، وهو شرط تحريمي ، ولو خالفته وتزوجت قبل مضي هذه المدة فالزواج صحيح [1] .

بند [172] القانون الروماني

انحلال الزواج من ثلاثة أمور :

أولًا – وفاة أحد الزوجين .

ثانيا – فقد أحد الزوجين لحريته أو جنسيته .

ثالثًا – الطلاق . وذلك :

أولًا – متى كان الزواج مع سلطة الزوج فلا يمكن التخلص من زوجها بفرض طلاقها عليه ولا بأي طريق آخر فهي كإحدى بناته بخلاف الزوج فله أن يضع حدًّا لسلطته ويطلقها بعمل احتفال مضاد لما فعل في الزواج ، وهذا في زواج الأشراف ، أما في زواج العامة فيعلن الزوج حريةَ زوجته وبلوغَها رشدها وهو الطلاق .

ثانيًا – متى كان الزواج بدون سلطة الزوج فهي جمعية حرة ، وهي نوع من الحياة واقعة مفروض فيها رضاء الزوجين ، فمتى اتفقا أو رفض أحدهما المعيشة مع الآخر وتركه بالفعل فهي حال الطلاق ، فيحصل الطلاق بأحد أمرين ، إما بالاتفاق عليه ، وإما بترك أحدهما الآخر ، فالطلاق حر بدون سبب ولا شكل ، ثم حصل تقييد في الطلاق باشتراط إخبار الزوج الآخر بطلاقه وبحضور ستة شهود ، ثم احتفظ بالطلاق بالاتفاق ، ثم منع الترك بلا سبب . أما زواج العبيد

---

(1) انظر : بند 227 في الباب السابع من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 63 ، 54 .

فهو جمعية حرة بالفعل فقط بلا نتائج قانونية [1] .

بند [173] التشريع الإسلامي

ينفسخ النكاح بالموت حقيقة أو حكمًا وبالطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى ، فإن كان الطلاق رجعيًا جاز للزوج مراجعتها ما دامت في العدة ولو بغير رضاها ، وكان للرجعة محل ، وينفسخ النكاح بإسلام أحد الزوجين المجوسيين ، وبإسلام زوجة الكتابي وامتناعه عن الإسلام أو سكت ، وبارتداد أحد الزوجين عن الإسلام ، وبخيار العيب أو خيار البلوغ ، وبالعتق ، ففي كل ذلك تنعدم حقيقة الزواج ، وإن بقي أثره المترتب عليه[2] .

وليس في التشريع الإسلامي تفريق جسماني ؛ لأن فيه أشد الضرر على الزوجين فلا هما متزوجان متعاشران يقوم كل منهما بواجباته الزوجية ، ولا هما متفرقان حران يفعلان ما يريدان ، فما أقسى هذا التشريع الذي يعطل حركة الدورة والوجود البشرى بلاِ فائدة منتظرة ، وما أوسعه بابًا للفساد الأخلاقي .

ويترتب على انعدام الزواج حِلُّ الممنوع شرعًا أثناء قيامه ؛ فيحل للزوج أن يتزوج أخت زوجته أو ما كان جمعها مع زوجته محرمًا ، وزواج خامسة . ويجب على الزوجة أن تعتد لتعرف براءة الرحم ، وقد سبق تفصيل العدة في الزواج

---

(1) انظر : الباب العاشر من الكتاب الأول ، في النكاح الصحيح من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ص 20 – 24 .

(2) جاء في مواهب الجليل للحطاب 447/3 وما بعدها أنه اختلف في ارتداد أحد الزوجين هل هو فسخ أو طلاق وأرى أن ارتداده فسخ وارتدادها طلاق ، لأنه إذا ارتد كان كافرًا ، والكافر لا طلاق عليه ، وإذا ارتدت وقع الطلاق لأنه مسلم . وليس للأوصياء إذا لم يجعل لهم الإجبار ولا للأولياء أن يزوجوا الإناث إلا بعد البلوغ والاستئذان ... والأصح أنه إذا زوجت اليتيمة ولم يخف عليها الفساد أو لم تبلغ عشر سنين أو لم يشاور القاضي فسخ قبل البناء وبعده مالم يطل بعد الدخول ، وهو الذي قال في المتيطية أنه المشهور . قال الشيخ أبو الحسن الصغير : المشهور أنه يفسخ أبدًا ، وهو الذي ذكره ابن حبيب ، وعزاه إلى مالك . وسئل مالك عن الرجل يزوج ابنه صغيرًا أو يشترط على الأب نفقة امرأته قال لا خير في هذا ، قال عيسى وسألت ابن القاسم عنه قال يفسخ قبل الدخول فإن دخل جاز وكانت النفقة على الزوج .

ويكون الفسخ طلاقا إذا كان الخيار فيه لحق متقدم على العقد ، كما إذا اطلع أحد الزوجين على عيب متقدم على العقد يوجب الرد فرد . قال ابن القاسم : ذلك طلاق . وقال الأبهري : إذا وجد الرجل المرأة مجنونة أو مجذومة أن الرد بغير طلاق .

(شروط صحة الزواج) وأنها شرط في صحة الزواج الثاني خوفًا من اختلاط الأنساب . فإن تزوجت وهي في العدة حرمت مؤبدًا على من تزوجها سواء دخل بعد العدة أو قبلها ، فإن لم يدخل فلا يتأبد تحريمها . وهذا التشديد واجب محافظة على الأنساب ؛ فرحم المرأة وعاء يجب أن تتأكد من خلوه قبل إباحة استعماله للغير . فانظر – رحمك الله – كيف أباح التشريع الوضعي صحة عقد المرأة لزوج ثان قبل نهاية العدة ، وهذا هو عين خلط الأنساب [1] .

بند [174] الطلاق

القانون الفرنسي : نظرة عامة : الطلاق هو حل عقد الزواج بمعرفة السلطة القضائية بناء على طلب أحد الزوجين لأسباب قانونية محدودة [2] .

تنقسم حال الدول في الطلاق إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : يقبل الطلاق والتفريق الجسماني وهو : إنكلترا . البلجيك . فرنسا الولايات المتحدة بولونية الروسية . وفي المجر يطبق الطلاق على غير الكاثوليك والتفريق الجسماني على الكاثوليك .

القسم الثاني : يقبل الطلاق فقط دون التفريق الجسماني وهو : روسيا . ألمانيا . سويسرا . السويد . النرويج . الدانيمارك . رومانيا . صربيا . البرتغال .

القسم الثالث : يقبل التفريق الجسماني دون الطلاق وهي إيطاليا وأسبانيا .

---

(1) جاء في مواهب الجليل للحطاب : 415/3 أن إنهاء النكاح الواقع في العدة فسخ بغير طلاق ، ونص عليه في المدونة وابن الجلاب وغيره ولا فرق في تأبيد تحريمها بين أن يطأها بعقد نكاح أو بشبهة بأن يطأها في عدتها غالطًا فيها يظنها زوجته فإنها تحرم بذلك ... لكن إن كان الزوج الناكح في العدة غير عالم بالتحريم حرمت عليه اتفاقًا ولا حد عليه ، وإن تزوجها في العدة عالمًا بالتحريم فالمشهور أنها تحرم على التأبيد والولد لاحق به والحد ساقط عنه ، وقيل إنه زان وعليه الحد ولا يلحق به الولد ولا يتأبد تحريمها . وهذا التحريم إنما هو في المعتدة من الوفاة ومن الطلاق البائن . وأما الرجعية فلا تحرم لأنها زوجة ، ومن تزوج امرأة متزوجة لم تحرم عليه وقال ابن القاسم هو ناكح في عدة . قال مالك وللأول الرجعة قبل فسخ النكاح الثاني وبعده قاله في التوضيح .

(2) انظر : البنود من 229 إلى 233 في الباب الأول من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 54 ، 55 .

بند [175] التشريع الإسلامي

الطلاق هو حل العصمة وفك عقد الزواج بمعرفة الزوج أو وكيله أو من فوض له في ذلك أو من ملك هذا الحق ولو كانت الزوجة ، ولا دخل للقضاء فيه إلا إذا اختلفا في حكم من أحكامه بدون أسباب قانونية محدودة .

فعقد الزواج مدخول فيه على أن العصمة بيد الزوج إذا لم يكن هناك شرط آخر كأن اشترطت المرأة أن تكون عصمتها بيدها أو قال لها وكلتك في طلاقك كما تشائين أو ملكتك طلاقك إلخ . فيكون للزوجة الحق في إيقاع الطلاق حسب التوكيل أو التمليك كالزوج ، وهو شرط صحيح ؛ لأن فيه منفعة يقصدها أحد الزوجين ، ويجوز للزوج توكيل أو تمليك غير الزوجة في الطلاق فيكون له الحق في إيقاع الطلاق كالزوجة تمامًا (راجع التوكيل والتمليك والتخيير في الطلاق) [1] .

والحقيقة أنه ليس أشق على النفس البشرية من أن تعاشر شخصًا تبغضه قهرًا عنها ، كما اقتضت الشرائع الوضعية أن يكون الطلاق بيد المحكمة تقدر الأسباب المحددة قانونًا ، وقد لا تجد سببًا يبرر الطلاق فترفضه ، وقد تكون الكراهية في صميم القلب فالتنافر شيء طبيعي خلقه اللّه مع البشر ، ولهذا كان في قضايا الطلاق مخازي ومعايب تصل إلى أن يتفق الزوج والزوجة على الاعتراف بالزنا لتطلق المحكمة ، واللّه يعلم أنه براء ، ولكن القانون هو القانون ولو لم يوافق طبائع الناس فتفرض عليهم العشرة قهرًا وأنفهم في التراب ، وماذا ينتج عن ذلك فالتشريع الإسلامي دين سماوي سمح يعطي لكل ذي حق حقه بلا ضرر ولا ضرار .

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 377/3 وما بعدها أنه يصح أن يوكل الرجل من يطلق عنه زوجته . وفي الشرح الكبير : « فصل » ذكر فيه حكم النيابة في الطلاق وهي أربعة توكيل وتخيير وتمليك ورسالة .... جاء فيه أن الزوج المسلم المكلف ولو سكر حرامًا لو فوض إيقاعه للزوجة صح هذا التفويض .... والتوكيل جعل إنشاء الطلاق بيد الغير باقيًا مع الزوج فله عزلها قبل إيقاعه اتفاقًا كما لكل موكل ذلك (إلا لتعلق حق) لها زائد على التوكيل كاشتراطها إن تزوج عليها أن يكون أمرها أو أمر الزوجة الجديدة بيدها توكيلًا فليس له حينئذ عزلها والحق هنا دفع الضرر منها (لا) إن فوضه لها (تخييرًا) فليس له عزلها وهو جعل الزوج إنشاء الطلاق ثلاثًا نصًا وحكمًا حقًّا لغيره . ومن صيغه اختاريني أو اختاري نفسك (أو تمليكًا) وهو جعل إنشائه حقًّا لغيره راجحًا في الثلاث يختص بما دونها فليس له العزل . ومن صيغه أمرك أو طلاقك بيدك ... الشرح الكبير 405/2 ، 406 .

بند [176] أسباب الطلاق

القانون الفرنسي : أسباب الطلاق :

1 - الزنا .

2 - سوء المعاملة أو إهانة فوق الطاقة .

3 - الحكم بعقاب بدني قصاصي أو مخل بالشرف [1] .

أولًا - زنى أحد الزوجين : زنى أحد الزوجين سبب في الطلاق في أي محل وعلى أي وجه .

ويتحقق الزنا بمعرفة البوليس الذي للزوج الحق دائمًا في استصحابه لعمل التحقيق ؛ لأن زنى الزوجة جنحة ، وليس للمرأة استصحاب البوليس لعمل محضر إلا إذا كان بمنزل الزوجية .

ثانيًا - سوء المعاملة : ويفسر هذا بتعدي الحدود في سلطة الزوجية ، الأعمال الوحشية الشرسة ، الضرب والجرح ، كل هذا مع تكرره يجعل حياة الزوجين غير مستطاعة ، ويعد من الإهانات الموجبة للطلاق (الامتناع عن أداء واجب الزوجية ، رفض قبول الزوجة في منزل الزوجية ، هجر منزل الزوجية من المرأة ، رفض إتمام الزواج دينيًا بعد تمامه قانونًا) ويجب ملاحظة العوائد والوسط للزوجين .

ثالثًا - الحكم بعقاب بدني ومخل بالشرف ، ولكي يجوز الطلاق بهذا السبب يشترط :

1 - يجب أن يكون الحكم نهائيًا .

2 - يجب أن تحكم به محكمة فرنسية .

3 - وألا يمحى أثره بالعفو أو برد الاعتبار .

4 - يجب أن يصدر بعد إعلان الزواج .

والزنى والحكم البدني والمخل بالشرف لا يتركان مجالًا لمحكمة الموضوع لتقدير

---

(1) انظر : البنود 229 في الباب الأول من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 54 .

الوقائع ، بل يحب عليها الحكم بالطلاق متى ثبت ذلك بخلاف سوء المعاملة أو الإهانة فوق الطاقة فمتروك ذلك لتقدير المحكمة .

ويجوز للمحكمة تأخير النطق بالحكم لعلهما يصطلحان لمدة ستة أشهر في سوء المعاملة والزنا ، وأما في الحكم البدني والمخل بالشرف فلا يجوز التأخير .

بند [177] التشريع الإسلامي

ليس في التشريع الإسلامي أسباب للطلاق إذا صدر من الزوج أو من وكيله أو ممن فوض له ذلك ، وهو وإن كان فيه استعمال حق مقرر فهو حلال إلا أنه مبغوض عند اللّه لقول الرسول ﷺ : « أبغض الحلال إلى اللّه الطلاق » [1] . فالزواج عقد مدخول فيه على أن العصمة بيد الزوج عند الإطلاق أو عدم اشتراط أن تكون العصمة بيد الزوجة .

فليس كون العصمة بيد الزوج كشرط مدخول عليه بين المتعاقدين أن يستبد الزوج في معاشرة زوجته أو يمنعها حقًّا مخولًا لها قانونًا أو يضاررها بما لا تحتمل الإقامة معه ، فإن فعل ذلك فللزوجة طلب الطلاق منعًا للضرر ؛ لأنه وإن كان أصل التشريع « الطلاق لمن أخذ بالساق » [2] لكن الزوج قد يظلم زوجته فجعل الشرع ولاية القاضي عامة في ذلك منعًا للظلم ، وتفصيل ذلك في أربعة مواضع (في العيب . الإضرار . النشوز . النفقة) .

أولًا – عيب الفرقة . وهو الجنون . والجذام . والبرص . والعِزْيطة . والخصاء . والعنة . والاعتراض . فالجنون والجذام والبرص عيوب مشتركة بين الزوجين ، والعزيطة وعيوب الفرج خاص بالمرأة ، والباقي خاص بالرجل .فمتى رفع أحد الزوجين أمره للقضاء طالبًا التفريق (الطلاق) نظر القاضي فإن ثبت أن بالزوج عيبًا من هذه من أهل خبرة أمره بالطلاق دفعًا للضرر ، فإن طلق فبها وإلا طلق عليه القاضي طلاقًا بائنًا [3] .

---

(1) أبو داود : الطلاق باب 3 رواه عبد اللّه بن عمر بن الخطاب .

(2) قاعدة : الطلاق لمن أخذ بالساق .

(3) جاء في الخرشي 236/3 ، 241 أن حاصل العيوب في الرجل والمرأة ثلاثة عشر : أربعة يشترك فيها الرجل والمرأة وهي الجنون والجذام والبرص والعذيوطة وأربعة خاصة بالرجل وهي الخصاء والجب والعنة والاعتراض . =

ثانيًا – الإضرار والنشوز – متى وجد خلاف بين الزوجين عين القاضي حكمًا من أهلها وحكمًا من أهل زوجها أو حكمين من أهل التقوى والصلاح فيتعرفان أسباب الشقاق والتنافر والبغضاء فإن أصلحا فبها وإلا فإن كانت الإساءة من الزوجة حكمًا بالطلاق نظير عوض (خلع) تدفعه الزوجة ، وإن كان الضرر من الزوج حكمًا بالطلاق بلا عوض ، وما على القاضي إلا إنفاذ حكمهما ، ومن الأضرار التي يجوز بها للزوجة طلب التفريق (الطلاق) قطع كلامه عنها وتحويل وجهه في الفراش عنها ، وإيثار امرأة عليها بعدم العدل بين زوجته في الكسوة والنفقة بقدر حال كل واحدة [1] .

ولا يشترط تكرر وقوع الضرر ، ومنه هجرها بلا موجب شرعي وضربها بلا سبب شرعي أو تجاوزه حد التأديب الجائز شرعًا ، ووطؤها في دبرها ، وسبها وسب أبيها (يا بنت الكلب ، يا بنت الكافر ، يا بنت الملعون) ورميها بالزنى والفسق والفجور إلخ مع تحكيم العرف والعادة بالنسبة لأوساط الزوجين فيما يكون ضررًا وما لا يكون .

= وخمسة خاصة بالمرأة وهي القرن والرتق والبخر والعفل والإفضاء .

ويؤمر بالطلاق إن اختارته الزوجة ؛ فإن طلق الزوج فواضح ، وله أن يوقع الطلاق ما شاء . وإن أبى أن يطلق فهل يطلق الحاكم عليه واحدة بائنة فإن زاد لم يلزم الزائد بخلاف الزوج . أو يأمر الحاكم الزوجة بإيقاع الطلاق فتوقعه ثم يحكم بذلك ؟ قولان وفائدة حكم الحاكم بما أوقعته المرأة صيرورته بائنًا وإلا كان رجعيًا كطلاق المخيرة والمملكة .

(1) جاء في الشرح الكبير 343/2 وما بعدها أن النشوز هو الخروج عن الطاعة الواجبة كأن منعته الاستمتاع بها أو خرجت بلا إذن لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه ... والوعظ التذكير بما يلين القلوب لقبول الطاعة واجتناب المنكر ثم إذا لم يفد الوعظ هجرها أي تجنبها في المضجع فلا ينام معها في فرش ... ثم إذا لم يفد الهجر ضربها ضربًا غير مبرح وأما الضرب فلا يجوز إلا إذا ظن إفادته لشدته ... وبتعديه يزجره الحاكم ... فإن ثبت تعدي كل منهما على صاحبه وعظها ثم ضربها باجتهاده فإن لم يثبت فالوعظ فقط وأسكنها بين قوم صالحين إن لم تكن بينهم . هذا فيما إذا ادعت الضرر وتكررت شكواها وعجزت عن إثبات دعواها ... أو لم يمكن السكنى بينهم فيبعث الحاكم أو من يقوم مقامه حكمين . وللزوجة التطليق على الزوج بالضرر ، وهو ما لا يجوز شرعًا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها نحو يا بنت الكلب ، يا بنت الكافر ، يا بنت الملعون كما يقع كثيرًا من رعاع الناس ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق ... ولها اختيار البقاء معه ويزجره الحاكم . وعليهما أي الحكمين وجوبًا الإصلاح ، فإن تعذر الإصلاح فإن أساء الزوج طلقا عليه بلا خلع .

ثالثًا – النفقة : متى كان الزوج معسرًا ولا مال له ظاهرًا أو امتنع من الإنفاق على زوجته ، وكان غائبًا أو حاضرًا ، وطلبت الطلاق طلق عليه القاضي ، وإن كان حاضرًا وادعى العسر وأثبته أمهله شهرًا للإنفاق ، ثم طلق عليه إن لم ينفق ، أو كان حاضرًا وسكت طلق عليه أيضًا ؛ لأنه لا معنى لبسط سلطانه على مخلوق له حق الوجود وأسباب التمتع بالحياة مع عدم إنفاقه عليه ، فهو إخلال بموجب عقد الزواج ووجوب الإنفاق نظير الاحتباس فكان عدلًا أن يرفع الضرر عن الزوجة بإعطائها حريتها كاملة متى طلبت ذلك ، فإن قبلت البقاء فهي صاحبة الحق .

فيشترط لجواز التطليق للعيب [1] أن تطالب الزوجة بذلك وأن تجهل وجود العيب قبل الدخول ، وألا ترضى به قولًا أو ضمنًا ، فإن حدث بعد الزواج فلها هذا الحق . أما سجن الزوج أو اشتهاره بالفسق والفجور والسكر والعربدة ، فإن كانت مثلها تعير بذلك ، ولحقها ضرر مادي أو أدبي جاز لها طلب الطلاق ، وليس خطر ذلك على إحساس الزوجة بأقل من خطر خصامها أو إعراضه عنها في الفراش ، ومثله رفض قبولها في منزل الزوجية . ويجب على القاضي دائمًا عرض الصلح على الخصمين في ابتداء الخصومة في الدعاوى التي ليس فيها إزالة منكر أو كان فيها حق لله فلا يجوز صلح أحل حرامًا أو حرم حلالًا . وأظن كما يظن جميع المتشرعين أنه ليس هناك تشريع أنال المرأة حقوقها ، وحافظ على إحساسها ، وسوى بينها وبين زوجها في الحقوق والواجبات ، وحافظ على شخصيتها القانونية من جميع نواحيها كالتشريع الإسلامي ، ولكن هو الكره والحقد والجهالة جعل المتفرنجين يميلون عنه إلى التشاريع الوضعية ولو كانت ظالمة لا تتمثل فيها العدالة .

بند [178] إجراءات الطلاق

القانون الفرنسي : بحث هذه الإجراءات موجب لبحث ما يأتي :

1 – من له حق الطلاق . 2 – سقوط الحق .

(1) جاء في حاشية الدسوقي 299/2 وما بعدها أنه إذا ثبت عسره بالبينة أو صدقته تلوِّم له بالنظر ، وإذا لم يثبت عسره في الثلاثة أسابيع ولم تصدقه فقال الحطاب : الظاهر أنه يحبس إن جهل حاله ليتبين أمره ، ولو غلب على الظن عسره تلوم له ابتداء . وأما ظاهر الملاء فيحبس إلى أن يأتي ببينة تشهد بعسره ، إلا أن يحصل لها ضرر بطول المدة فلها التطليق وعمل في التلوم عند الموثقين بسنةٍ وشهرٍ ، ستة أشهر فأربعة فشهرين فشهر .

3 - المحكمة المختصة . 4 - سير القضية .
5 - طرق الطعن في الأحكام . 6 - النطق بالحكم وتنفيذه .
7 - الأعمال التحفيظية مدة سير القضية .

أولًا - حق طلب الطلاق حق شخصي للزوجين فقط فلا يجوز للدائنين مباشرة هذا الطلب ولا للورثة طلبه ولا السير فيه بعد الوفاة . وليس للوصي طلب الطلاق عن المحجور عليه قضائيا ما دام عديم الأهلية ، لكن له أن يمثله قضائيًا إذا كان مدعى عليه ، وللوصي على عديم الأهلية قانونًا تقديم الطلب بالطلاق بناء على طلب عديم الأهلية أو إذنه [1] .

ثانيًا - سقوط الحق : وهو حدوث بعض أشياء تقضي بعدم قبول طلب الطلاق حتى ولو كانت الشكوى محققة أو قريبة الوقوع وأسبابه هي :

1 - الصلح بين الزوجين : وهو سماح المجني عليه من الزوجين في حقه المعتدى عليه فيه الزوج الآخر الجاني . وليس للمحكمة إلا الحكم بالصلح ورفض دعوى الطلاق فهو من الحق العام ، فإن عاد المذنب إلى ما ارتكب صح للمجني عليه من الزوجين الرجوع إلى طلب الطلاق والتمسك بالأسباب الماضية مع الحادثة .

2 - وفاة أحد الزوجين مسقط لطلب الطلاق ما دامت الوفاة حصلت قبل أن يصبح حكم الطلاق غير قابل للطعن فيه وإلا فلا تؤثر فيه الوفاة .

3 - مقابلة المثل : إذا ارتكب أحد الزوجين ما ارتكبه الآخر فلا معنى لعدم قبول طلب الطلاق ، ولكن للزوج الآخر المدعى عليه تقديم طلب الطلاق ليكون الطلاق في صالحه ، وتكون مقابلة المثل مانعة من سماع طلب الطلاق في موضعين :

أولًا - إذا كان سبب الطلاق الحكم على أحد الزوجين بما يخل الشرف ويجلب العار ، وأثبت المدعى عليه أن المدعي قد حكم عليه كذلك فهناك تكافؤ .

ثانيًا - إذا كان سبب الطلاق سوء المعاملة أو الإهانة فوق الطاقة فالمدعى عليه

---

(1) انظر : البنود من 229 إلى 233 في الباب الأول ، من الكتاب السادس ص 54 ، 55 وكذلك البنود من 272 إلى 274 في الفصل الثالث ، من الباب الثاني ، من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 63 ، 64 .

يمكنه بيان السبب المبرر من استفزاز المدعي ولولا ذلك ما اعتدى فيتحقق التكافؤ .
ولا يكون الزنى سببًا في الطلاق إذا أجازه المدعي أو أعانه عليه .

بند [179] التشريع الإسلامي

لا يحتاج الطلاق إلى إجراءات ، فالطلاق له ألفاظ معينة يراد بها حل عقدة الزواج وهو صريح (كطلقتك - أنت طالق - أنت مطلقة إلخ) ، وكناية (كلا عصمة لي عليك - أنت حرام - أنت خالصة - أنت برية إلخ) فألفاظ الطلاق الصريح ما تُحل به العصمة ولو لم ينو حلها متى قصد اللفظ [1] ، وألفاظ الكناية الظاهرة هي التي لا تنصرف عن الطلاق إلا بالنية أو غيرها [2] ، وألفاظ الكناية الخفية لا تتوجه إلى الطلاق إلا بنية [3] .

وحق الطلاق حق شخصي للزوج في أصل عقد الزواج ، ولكن قد يملِّكه الزوج لزوجته فتكون عصمتها في يدها فتوقع الطلاق حسب الشرط ، وقد يوكل غيره في إيقاعه ، وقد يخير الزوج زوجته فيتقيد الوكيل والمخير بما وكل فيه أو خير . وقد ينتقل حق إيقاع الطلاق من الزوج إلى القاضي متى كان للزوجة حق في ذلك ومنعها الزوج من إعطائها حريتها وهو ظالم لها ، كما إذا منعها النفقة أو ألحق بها ضررًا ماديًّا كضرب وجرح بلا حق شرعي أو أدبيًّا كما إذا خاصمها أو سبها أو احتقرها بحيث لا تحتمل الإقامة معه ، وكانت أوساطهما والعرف يقضي بذلك . فإن طلبت الزوجة طلاقها ، وثبت ذلك أمره القاضي بالطلاق ، فإن طلق فبها وإلا طلق عليه القاضي أو أمرها هي فطلقت نفسها وحكم به .

للوصي أن يرفع الأمر للقاضي بطلب الطلاق لقاصره إذا كان له الخيار ولقاصرته إذا اعتدى عليها الزوج ، وليس له هو إيقاع الطلاق ؛ لأن الوصي لا يملك ذلك (فالطلاق لمن أخذ بالساق) وناب القاضي بمقتضى الحق العام عن عديم الأهلية .

ليس في الطلاق سقوط حق إلا في الوكالة إذا سحب الزوج توكيله ممن وكله في ذلك أو إذا ملك الزوج طلاق زوجته إليها تطلق نفسها متى شاءت فيسقط حق

(1) قاعدة : الطلاق الصريح ما تُحل به العصمة ولو لم ينو حلها متى قصد اللفظ .
(2) قاعدة : ألفاظ الكناية الظاهرة هي التي لا تنصرف عن الطلاق إلا بالنية أو غيرها .
(3) قاعدة : ألفاظ الكناية الخفية لا تتوجه إلي الطلاق إلا بالنية .

الزوج في استعماله هذا الحق ويبقى للمملكة في المدة المقررة ، والطلاق من الزوج أو ممن يملكه لا يحتاج لحكم حاكم فبمجرد نطقه يلزم وتترتب عليه آثاره [1] . وأما الطلاق على الزوج للضرر أو للامتناع عن النفقة فلا بد من حكم قاض به . وليس في الشريعة مقابلة المثل فكل شخص ذكرًا أو أنثى معاقب بما فعل وإزالة المنكر فريضة ، ولا يصح فيها فالصلح بين المسلمين واجب إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرام حلالًا .

ولكن انظر القوانين الوضعية فهي تبيح الصلح في الزنا فلا طلاق متى تم الصلح فأي انحطاط خلقي بعد ذلك .

بند [180] القانون الفرنسي

ثالثًا – الاختصاص وسير القضية : المحكمة المدنية هي المختصة ، ولا يجوز طلب الطلاق تبعًا لجنحة الزنا بالمحكمة الجنائية . ومحكمة المدعى عليه هي التي يقدم إليها الطلب فينصح رئيس المحكمة المدعي لعله يرجع وإلا أمر باستدعاء المدعى عليه وناقشهما فإن لم يتفقا أمر بنظر القضية .

ويجب تحرير طلب الطلاق بواسطة محضر الدعاوى ، ويقدمه المدعي شخصيًّا ، فإن كان مريضًا انتقل القاضي ومعه الكاتب إلى محل إقامته ليتلقى منه الطلب يدًا بيد .

طرق الطعن في حكم الطلاق كأي حكم قابل للمعارضة والاستئناف والنقض إلخ ، ولكن له بعض قواعد خاصة به وهي :

1 – إن مدة الاستئناف تمنع التنفيذ لا نفس الاستئناف كما في الأحكام العامة وكذلك مدة المعارضة مانعة من التنفيذ .

2 – مدة المعارضة في حكم الطلاق شهر إن أعلن الحكم في مواجهة المحكوم عليه ، فإن أعلن بواسطة إعلان المحكمة فمدة المعارضة ثمانية أشهر من آخر عمل

(1) جاء في حاشية الدسوقي والشرح الكبير 378/2 أن ألفاظ الطلاق ثلاثة أقسام صريح ، وكناية ظاهرة ، وكناية خفية ... فالصريح هو الذي تنحل به العصمة ولو لم ينو حلها متى قصد اللفظ ، كقوله طلقت وأنا طالق منك ، أو أنت طالق أو مطلقة . والطلاق المنجز هو الطلاق الخالي في صيغته من التعليق والإضافة كقوله : أنت طالق ، أو اذهبي إلى بيت أهلك وينوي طلاقها . وحكمه : أنه ينعقد سببًا للفرقة في الحال ويعقبه أثره بدون تراخ ما دام مستوفيًا لشروطه . فإذا قال لها : أنت طالق ، طلقت للحال وبدأت عدتها .

في الإعلان ، بخلاف الحكم العادي فمدته ثمانية أشهر .

3 – مدة رفع النقض عن قرار محكمة الاستئناف مانع من تنفيذ حكم الطلاق بخلاف الأحكام العادية فلا مانع من التنفيذ ، مع العلم أن النقض يرفع عن حكم نهائي أو قرار من محكمة استئنافية فلا تتزوج المرأة ولا الرجل المطلقان قبل مضي مدة المعارضة والاستئناف والنقض ويجب تسجيل حكم الطلاق في مدة 15 يومًا ، وعلى موظف العقود المدنية تسجيله في مدة 5 أيام ، ويجب إعلان الحكم بالمحكمة التي حكمت به ، وبحجرة محضري الدعاوى ، وفي الجريدة التي تصدر في المدينة [1] .

بند [181] التشريع الإسلامي

من يملك إيقاع الطلاق على التفصيل السابق يوقع الطلاق فيقع بدون احتياج إلى شيء آخر ، فيجوز للزوج بعد وقوع الطلاق أن يتزوج ما كان منه ممنوعًا متى كان الطلاق بائنًا ، ويجوز للزوجة أن تتزوج غير مطلقها بعد انقضاء مدة العدة ، وأما الطلاق الذي يوقعه القاضي فتسري عليه إجراءات الأحكام العامة من معارضة واستئناف ، وأما النقض فلا يوقف تنفيذ حكم الطلاق .

ويجب تسجيل الطلاق متى خيف الإنكار أو الغيبة البعيدة أو المناكرة [2] .

بند [182] احتياطات تحفظية مدة دعوى الطلاق

القانون الفرنسي : يجب اتخاذ احتياطات في :

1 – سكن الزوجين . 2 – نفقة الزوجين . 3 – حفظ الأولاد .

---

(1) انظر : البنود من 234 إلى 266 في الفصل الأول ، من الباب الثاني ، من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 55 : 62 .

(2) جاء في الخرشي 148/4 وما بعدها أن لزوجة المفقود الرفع للقاضي والوالي ... وإلا فلجماعة المسلمين ، إن لم تجد المرأة أحدًا ممن ذكر فإنها ترفع أمرها إلى جماعة المسلمين والواحد منهم كاف ، كما خرجوا به في باب اليمين ... فتؤجل أربع سنين إن دامت نفقتها ، والعبد نصفها من العجز عن خبره وبهذا فإن المرأة المفقود زوجها في بلاد الإسلام إذا رفعت أمرها للقاضي أو لمن ذكر معه فإنه يكلفها أن تثبت الزوجية وأن زوجها غائب وأنها باقية في عصمته إلى غيبته ثم بعد ذلك يسأل الحاكم من معارف زوجها ومن جيرانه وأهل سوقه ثم يرسل إلى البلد الذي يظن به أنه خرج إليه ويكتب في كتابه صفة زوجها وحرفته واسمه واسم أبيه فإذا عاد إليه الخبر بعد معرفة موضعه ضرب لها الأجل وهو أربعة أعوام .

4 - حفظ الأملاك ، والذي يفصل في هذه الأشياء رئيس المحكمة قبل أن تعرض القضية على الجلسة ، ثم ينتقل الحق للمحكمة ، على أن رئيس المحكمة هو دائمًا قاضي الأمور المستعجلة ، وطبيعة ما يصدر من الأوامر مؤقتة بوجود ما يستدعيها من الأسباب وتتغير تبعًا لها .

يعين رئيس المحكمة محل إقامة المرأة بعيدًا عن زوجها بناء على طلبها ، وعليها ملازمة هذا المحل حتى يفصل في القضية ، ويحكم أيضًا رئيس المحكمة بالنفقة اللازمة لمعيشة الزوج الآخر الذي ليس في يده مال الزوجين ، فإن احتاج الزوج وكان للزوجة إدارة أملاكها فيحكم للزوج بالنفقة عليها .

وعلى الرئيس أو المحكمة النظر في صالح الأولاد فيضعهم مع الأم أو مع الأب أو عند أحد أقاربهما أو أجنبي عنهما حسب ما يرى لمصلحة الصغار ، أما فيما يتعلق بأملاك الزوجين فيأمر رئيس المحكمة بختمها وحصرها وتعيين الزوج عليها حارسًا قضائيًا بحيث لا يجوز له الصرف منها وهذا في المنقولات ، أما العقار والتعهدات فكل بيع أو تعهد بحق للغير يصدر بعد أول أمر من رئيس المحكمة يعتبر غشًا وغير صحيح [1] .

بند [183] التشريع الإسلامي

الطلاق في التشريع الإسلامي لا يحتاج إلى كل هذا لأنه متى أوقعه من يملك الطلاق تفرق الزوجان فلا يتعاشران فيجب على الزوجة العدة ، وعلى الزوج نفقتها مدة العدة ؛ لأنها من توابع الزوجية . وأما الأولاد الذين دون سن الحضانة فحفظهم للأم تقوم بحفظهم وخدمتهم ، وقدِّر سن الحضانة بالاستغناء عن خدمة النساء ، ومتى تجاوز الأطفال سن الحضانة أخذهم أبوهم ليقوم بتعليمهم وتربيتهم للمستقبل . ويراعى في الحضانة مصلحة الأطفال ومنفعتهم . أما إذا كان طلب الطلاق من الزوجة أمام القضاء فإن لها ترك منزل الزوجية إلا إذا كانت مظلومة ، ولم ينصفها حاكم كطالبة التطليق للضرر ، وكل من طلبت الطلاق فلها المؤونة

---

(1) انظر : البنود من 267 إلى 271 ، في الفصل الثاني ، من الباب الثاني من الكتاب السادس من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 62 ، 63 .

مدة المرافعة لأنها زوجة مالم يصدر الطلاق ، وما لم يقم بها مانع مسقط للنفقة ، فإن أخرجها الزوج من منزل الزوجية أو ضاررها حتى خرجت أو خشيت على نفسها سطوة زوج لا يخشى اللّه في محارمه ، فعلى الزوج أجر مسكنها مدة المرافعة ومدة العدة بعد الطلاق [1] .

ولا يقضى بالنفقة للزوج على زوجته ، لأن هذا قلب للأوضاع ، وليس بين الزوجين شركة مالية يقتضيها الزواج فلا علاقة إطلاقًا بين الزواج ومال الزوجين .

بند [184] نتائج الطلاق

القانون الفرنسي : يلزم البحث في

1 - علاقات الزوجين فيما بينهما .

2 - علاقات الزوجين والأطفال .

3 - في أي لحظة ينتج حكم الطلاق ما يترتب عليه [2] .

أولًا - نتائج الطلاق في علاقات الزوجين فيما بينهما ، ينتج ثلاثة أمور :

1 - الطلاق يترك وجود الزواج قبل حدوثه مع جميع نتائجه من غير رجوع للماضي فهو كالموت يقطع العلاقات الزوجية في المستقبل .

2 - الطلاق يقطع الزواج في المستقبل . ويترتب عليه انقطاع حقوق الزوجية المترتبة على الزواج : تترك الزوجة استعمال اسم زوجها وتعود إلى استعمال اسمها قبل الزواج ، لا يكون ميراث بين الطرفين ، الشركة في الأملاك التي ترتبت على الزواج تصفى ، وللزوجة طلب إرجاع مهرها إليها ، تعود الحرية للمرأة في كل أعمالها ، وليس للزوج عليها أي حق لا في نفسها ولا في مالها ، يمكن لكل من الزوجين أن يعقد زواجًا آخر فقط على الزوجة ملاحظة العدة عشرة أشهر . ويجوز

---

(1) جاء في الخرشي 159/4 : لو طلقها أو مات فأخذت في العدة ثم حصل لها ضرر في المكان الذي هي فيه ولا يمكنها المقام معه فإنها تنتقل إلى غيره ، والعذر إما سقوطه أو خوفها على نفسها أو مالها لأجل الجار السوء ، أو لأجل انتقال جيرانها ، وحولها وجدت وحشة .

(2) انظر : البنود من 295 إلى 301 ، في الباب الرابع ، من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 69 ، 70 .

للزوجين المطلقين عقد زواجهما مرة أخرى بينهما ثم ثالثة ورابعة بدون تحديد حسب قانون سنة 1930 فقط عليهما إعلان زواجهما قبل عقده من جديد ، وكان القانون يحرم زواج المطلقين أولًا ، ثم أباحه إلى طلاقين ، ثم أباحه من غير تحديد .

3 - الطلاق ينتج واجبات وحرمانًا من حقوق في جانب المحكوم ضده بالطلاق . فيجب فرض نفقة على المحكوم عليه بالطلاق لزوجه الآخر الذي حكم لمصلحته متى كان محتاجًا وكانت سبل معيشته لا تكفيه ، وهذا كتعويض يتحمله المخطئ ، ولا تتعدى النفقة المفروضة ثلث إيراد المحكوم عليه وأن يتحمل ورثة المحكوم عليه هذه النفقة حتى وفاة المحكوم له .

حرمان المحكوم عليه من الحقوق : الزوج المحكوم عليه بالطلاق لا حق له في الهبة المعطاة له من الزوج الآخر المحكوم له بالطلاق سواء كانت في عقد الزواج أو خارجه لكفرانه بالنعمة ، ولا يأخذ الزيادة المشروطة له عند تصفية مال الزوجية ، ولا يعمل بهذا الشرط المميز له في أي شيء ، فإن صدر حكم الطلاق ضد الزوجين فتلغى العطايا ، ويلغى تمييز أحدهما عن الآخر .

بند [185] التشريع الإسلامي

ينتج عن الطلاق بقاء آثار الزواج صحيحة بلا نقص لساعة الطلاق وقطع علاقات الزوجية بعد الطلاق إلا ما هو من آثار الزواج السابق كالعدة فإن المرأة في حكم المتزوجة من حرمة الزواج ووجوب النفقة على الزوج ، فإن تبين حمل فعدتها بوضع الحمل وإلا فعدتها كما سبق بيانه في العدة فيلحق الولد المولود قبل الطلاق بالزوج قهرًا عنه ، والولد الذي يولد بعد الطلاق كذلك ما لم يولد بعد مدة أكثر الحمل .

ومتى طلقت الزوجة طلاقًا بائنًا أو وقع الطلاق على براءة أو وقع نظير عوض فلا ميراث بين الزوج ومطلقته [1] ، أما إذا وقع الطلاق رجعيًا بأن كانت طلقة

---

(1) إن اختلعت المريضة من زوجها في مرضها من جميع مالها قال مالك : لا يجوز ذلك . قلت . أيرثها ؟ قال مالك : لا يرثها . قلت : ولا يتوارثان .. قلت : أرأيت إن جعل أمرها بيدها في مرضه فاختارت نفسها فماتت أيرثها ؟ قال مالك : لا يرثها قلت : فإن مات هو أترثه ؟ قال مالك : ترثه . قال مالك لأن الطلاق جاء من قبله . قال مالك : وكل طلاق كان في المرض بأي وجه ما كان فإن الزوج لا يرث فيه امرأته إن ماتت وهي ترثه إن مات . المدونة 241/2 وجاء في الخرشي 18/4 أن الشخص إذا طلق في مرضه المخوف ثم ماتت فيه فإن =

واحدة بلا عوض فالمطلقة في حكم الزوجة إلا في ثلاثة أشياء الاستمتاع والخلوة والأكل معها ، والمطلقة رجعيًا يلحقها الطلاق والخلع والظهار ، ولها النفقة والسكنى ، وترث من زوجها ويرث منها ما دامت في العدة .

وليس في التشريع الإسلامي حمل اسم الزوج حتى تترك استعماله بعد الطلاق ، ولا شركة في الأموال بين الزوجين ناتجة عن الزواج حتى تصفَّى ، بل الزواج منفصل تمام الانفصال عن الأملاك التي لكل واحد منهما التصرف المطلق فيما يملك (ما عدا هبة الزوجة أزيد من الثلث) (مالك) [1] .

ومهر الزوجة ملك لها ، عوض عن التنازل عن حريتها الشخصية لزوجها فيما يقتضيه عقد الزواج أو نظير بضع يتمتع به الرجل جبرًا لضعف المرأة ، فلا حق للزوج فيه لا قبل الزواج ولا بعده فهي حرة التصرف فيه ، فإن جرى العرف على تأخير شيء من مهرها يحل لها طلب المؤخر من مهرها بالطلاق البائن (بخلاف الرجعى عند أبي حنيفة) [2] .

ومتى خرجت المرأة من العدة فليس للزوج عليها أي حق فيما كان يقتضيه عقد الزواج وما يتبعه ، فإن كانت في العدة فحكمها كالمتزوجة من لزوم النفقة والسكنى على زوجها ، حتى تخرج من العدة وحينئذ تكون أجنبية تفعل في نفسها ما تشاء . فإن كانت الزوجة غير مدخول بها فلا عدة عليها بعد الطلاق ، وإن قضت عدتها فلها الزواج بغير زوجها متى شاءت وكذلك غير المدخول بها بمجرد الطلاق .

= الرجل لا يرثها ، ولو طلقها مريضة لأنه الذي أسقط ما كان بيده . ولو مات الرجل فإن المرأة ترثه لأنه فار بطلاقها حينئذ من الإرث ... وأما غير الميراث من الأحكام فحكمها فيه كغيرها .

(1) جاء في الشرح الكبير 307/3 وما بعدها أن للزوج البالغ الرشيد الحجر على الزوجة الحرة الرشيدة في التبرعات الزائدة على ثلث مالها ، ولو كان الزوج عبدًا لأن الغرض من مالها التجمل به والزوج ولو عبدًا له حق في التجمل من مالها دون سيده .

(2) جاء في بدائع الصنائع 409/2 ، 426 أن المهر حق المرأة ، بدليل أنها تملك التصرف فيه استيفاء وإسقاطًا ، والمهر يجب بنفس العقد وجوبًا موسعًا وإنما يتضيق عند المطالبة ؛ فإذا طالبت المرأة بالمهر يجب على الزوج تسليمه أولا ، لأن حق الزوج في المرأة متعين وحق المرأة في المهر لم يتعين بالعقد ، وإنما يتعين بالقبض فوجب على الزوج التسليم عند المطالبة ، إلا إذا كان مؤجلًا بأن تزوجها على مهر آجل ، دون أن يذكر وقتا فيجوز ، ويقع على وقت وقوع الفرق بالطلاق أو الموت 427/2 .

ويجوز للزوج مراجعة زوجته وإعادتها لعصمته ولو بدون إذنها وبدون رضاها متى كان الطلاق رجعيًا ولم تنقض عدة الزوجة منه فإن طلقها مرة أخرى رجعيًا جاز له مراجعتها [1] .

ثانيًا – ما دامت في العدة بغير رضاها ولا إذنها ، فإن طلقها الثالثة فلا يحل له رجعتها لأن اللّه يقول : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ [2] ثم يقول : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ [3] .

فإن كان الطلاق بائنًا بينونة صغرى كأن كان نظير عوض أو كان بلفظ يقع به الطلاق بائنًا ، ولم يكن طلق قبل ذلك مرتين فيجوز للزوجين أن يعودا زوجين بعقد ومهر جديدين برضاها وإذنها . وإن كان الطلاق مكملًا للثلاث كأن طلقها مرتين قبل ذلك ، أو كان الطلاق بلفظ الثلاث عند من يرى وقوع الثلاث بلفظ واحد كمالك [4] ، أو كان يفيد الثلاث فلا تحل لزوجها حتى تتزوج زوجًا آخر ، ويدخل بها دخولًا حقيقًا على نية الزواج المؤبد لا على نية تحليلها لزوجها الأول ؛ وإلا فلا تحل له بل ويكون العقد فاسدًا .

وقد أراد المشرع إعطاء فرصة للزوجين مرة ثم مرة لعلهما يعودان إلى رشدهما وصوابهما فيتعاشران بالمعروف ، ويؤسسان عائلة يخيم عليها الهدوء والسكينة ، فإن وقع الطلاق الثالث كان منظورًا إلى الزوجين بعدم صلاحهما لعشرة طيبة فحرم الدين اجتماعهما .

وأما فرض النفقة فدائمًا تكون للزوجة في العدة تنقضي شرعًا ؛ لأن العدة من توابع الزواج فهي محبوسة من جرائه ، ومتى انقضت العدة بالحيض أو بالأشهر أو بالوضع بطلت النفقة ، ولا يحكم للزوج بنفقة على زوجته مهما كانت الأسباب ،

---

(1) جاء في المقدمات لابن رشد 57/2 أن طلاق السنة الذي أمر اللّه به وعلمه عباده هو أن يطلق الرجل امرأته في طهر من غير جماع طلقة واحدة ، ثم لا يتبعها طلاقًا ، فيكون أحق برجعتها شاءت أو أبت ، مالم تنقض عدتها ، لقول اللّه ﷻ [فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف] .

(2) سورة البقرة الآية رقم 229 .

(3) سورة البقرة الآية رقم 230 .

(4) جاء في الشرح الكبير 383/2 أنه لو أراد أن ينجز واحدة فقال أنت طالق ثلاثًا فقيل : يلزمه الثلاث في القضاء ويقبل منه ما نواه في الفتوى وقيل : يلزمه الثلاث في الفتوى والقضاء ولا ينوي مطلقًا . وهذا هو الظاهر وهو قول مالك والأول قول سحنون .

وأما تصرف أحد الزوجين في أمواله مدة الزوجية بهبة أو بغيرها فيطبق عليها أحكام الهبة بقطع النظر عن زواج أو غيره ، وأما الهبة لأحد الزوجين فالموهوب له هو الذي يقبضها ، وبقبضه يملكها دون الزوج الآخر ، ولا دخل له في ذلك إلا إذا رأى الزوج أن هبة أحد الناس لزوجته تجر انتقادًا وتجريحًا ، ولا يقصد بها إلا وجه الشيطان فله الحق في منعها من قبضها ويجب على الزوجة طاعة زوجها وردها للواهب [1] .

بند [186] القانون الفرنسي

رابعًا – علاقات الزوجين بالنسبة للأولاد : الطلاق لا ينقص حقًّا من حقوق الأطفال ، ولا يغير لهم حالة مدنية ، وإنما الطلاق يغير حقوق الأبوية ، فللمحكمة كامل الحق في النظر في شأن الأولاد ، والقاعدة العامة هي أن تسلم الأولاد إلى من حكم لصالحه في الطلاق لمباشرة حفظهم وتعليمهم وترتيبهم ، ومع هذا يمكن تغيير ذلك حسب مصلحة الأولاد [2] .

ويحرم الزوج المحكوم عليه بالطلاق من إدارة أموال الأولاد والتمتع بها قضائيًّا ، ويحتفظ الزوج المحكوم عليه بالحقوق الآتية :

1 - تعيينه قيمًا أو وصيًا .   2 – حق رشد القاصر .

3 – حق إعطاء إذن بالزواج .

4 – حق رؤية الطفل الذي تحدده المحكمة .

5 – حق ملاحظة تعليم الطفل وإعلام المحكمة إذا لزم الأمر . وحق التأديب فيه خلاف .

وعلى الزوجين اقتسام مصاريف الأولاد كل حسب مقدرته .

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 307/3 أنه ويحجر على الزوجة لزوجها ولو كان الزوج عبدًا في تبرع زائد على ثلثها ، وإن كان تبرعها حاصلًا بكفالة . وفي جواز إقراضها قرضًا لأجنبي يزيد على ثلثها بغير إذن زوجها لرده لها فهو كبيعها ، وله منعها منه ، لأنه معروف كالهبة ، ولأنها قد تخرج لمطالبتها به .

(2) انظر : البنود من 302 إلى 305 في الباب الرابع ، من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 70 ، 71 .

بند [187] التشريع الإسلامي

لا علاقة بين الطلاق وبين حقوق الأولاد المقررة لهم شرعًا ، فالأم أحق بحضانة الطفل ذكرًا أو أنثى إلى بلوغه في الذكر والدخول في الأنثى عند مالك [1] ، وعند أبي حنيفة لسن 9 في الذكر و 11 سنة في الأنثى ، ثم يستلمها العاصب أبا أو جدًّا أو أخًا للتعليم والتربية إلا إذا كانت الأم ليست أهلًا للحضانة كأن كانت فاجرة يخشى على الولد منها أو كافرة تغير دين الولد وهو يعقل الأديان ، فإن كان الأب فاسقًا ماجنا مشهورًا بذلك نظر القاضي في مصلحة الأولاد ووضعهم كما يرى . والأب هو الذي يدير أموال أولاده إلا إذا أساء فهو ضامن . وللقاضي بحق الولاية العامة لما فيه المصلحة أن ينزعه منه ويضعه تحت يد أمين . فالأب ولي شرعي على أولاده له تقرير رشدهم متى رأى فيهم ذلك ، وهو ولي مجبر في الزواج ، وله حق رؤية الصغير عند حاضنته كما يراه القاضي ، وهو الذي يلاحظ تعليم القاصر ويؤدبه ، وعلى الأب فقط مصاريف أولاده إلا إذا كان فقيرًا معدمًا فعلى الأم إن كانت غنية ترجع بها على الأب عند يساره ، فإن كان الولد غنيًّا فنفقته في ماله .

بند [188] القانون الفرنسي

في أي لحظة ينتج الطلاق ما يترتب عليه ، يعمل بحكم الطلاق من يوم أن يصبح نهائيًّا غير قابل للطعن ولا يماثل الحكم العادي الذي يعمل به من تاريخ رفع الدعوى [2] .

ما يتصرف فيه الزوج من مال شركة الزوجية وما يترتب عليه من حقوق في مدة سير القضية يكون صحيحًا بالنسبة للزوجة وللشخص الثالث ، فقط للزوجة الطعن في أي عمل تراه عمل بغش من زوجها .

ويستثنى من ذلك أن انحلال شركة الزوجية في أموالها يعتبر من يوم تقديم

---

(1) جاء في الخرشي 207/4 أن الحضانة ثابتة وكائنة للأم كان المحضون ذكرًا أو أنثى ، لكن حضانة الذكر المحقق من ولادته للبلوغ من غير شرط على المشهور ... والأنثى لدخول الزوج بها ولا تكفي الدعوة إلى الدخول ولا يعتبر هنا البلوغ بالإنبات .

(2) انظر : البنود من 295 إلى 305 ، في الباب الرابع ، من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 69 ، 70 .

طلب الطلاق فلا يدخل في القسمة بين الزوجين ما ورثه أحدهما أو ما أعطي إليه في مدة سير القضية فيبقى إلى صاحبه ، وللزوجة أن تطلب حسابًا من زوجها عن إدارته أملاكها مدة سير قضية الطلاق .

بند [189] التشريع الإسلامي

يعمل بالطلاق الصادر من الزوج أو وكيله من وقت صدوره بالنسبة للزوج وبالنسبة للزوجة من وقت علمها إن لم يكن بإشهاد أو مشاعًا يعرفه الناس ، وبطلاق القاضي من يوم أن يصبح نهائيا أي بعد نظره استئنافيًا ، ولا شركة بين الزوجين يقتضيها الزواج .

بند [190] التفريق الجسماني

القانون الفرنسي : وهو إعفاء الزوجين من واجبات الزوجية والمبيت في مسكن واحد بقرار قضائي مع بقاء رباط الزوجية قائمًا ، هذا الحكم مأخوذ من القانون الكنائسي حيث لا طلاق .

بند [191] التشريع الإسلامي

هذا التفريق ليس في الإسلام فإما مطلقة وإما زوجة ولا ثالث لهما . أما جلب الشقاء والتعاسة لزوجين في الحياة بالتفريق بينهما فلا يقبله عقل ، ولا يطابق ما وجد الإنسان لأجله على وجه الأرض ، وفيه كل الظلم ، وفيه مخاز ومعايب ، وترتكب فيه كل أنواع الموبقات .

بند [192] أسباب التفريق الجسماني

القانون الفرنسي : أسباب التفريق الجسماني هي أسباب الطلاق فيمكن للزوج بعد ذكر الأسباب أن يطلب الطلاق أو التفريق ، فلو طلب الطلاق فله طلب التفريق حتى أمام الاستئناف بخلاف العكس . ومن له طلب الطلاق هو الذي يطلب التفريق ، فقط وصي المحجور عليه قضائيًا يطلب التفريق بإذن من مجلس العائلة بخلاف الطلاق ، ويتبع جميع ما يعمل في قضايا الطلاق من كل وجه ما عدا ما يأتي :

1 - لا يجب تقديم الطلب من المدعي شخصيًا كالطلاق .

2 - لا يجوز للمحكمة تأجيل النطق بالحكم النهائي ستة أشهر كالطلاق بل يجب الحكم متى توفرت الأدلة .

3 - مدة الاستئناف لا توقف التنفيذ كالطلاق ولكن الاستئناف بالفعل .

4 - حكم التفريق لا يسجل كحكم الطلاق .

نتائج التفريق :

أولًا - نتيجة الزواج الذي اختفى ، وهو عدم المبيت والسكنى معًا ؛ فتأخذ لها سكنًا آخر ومحل إقامة آخر غير محل إقامة زوجها .

ثانيًا - شركة أملاك الزوجين تحل بحكم التفريق الجسماني فينتج ما يأتي :

1 - تفصل أملاك الزوجين المشتركة فيعطى للزوجة أملاكها الخاصة .

2 - إذا كان للزوجة مهر وجب رده إليها فليس للزوج إدارته ولا الانتفاع به .

3 - إذا كان الزواج على غير نظام الاشتراك فليس للزوج إدارة أملاك الزوجة ولا الانتفاع بها .

التفريق الجسماني ينتج أهلية المرأة لكل عمل قانوني وأنها ليست بحاجة إلى إجازة زوجها . ويجوز للمحكمة أن تأمر الزوجة بعدم حمل اسم زوجها ، كما يجوز أيضًا أمر الزوج بعدم حمل اسم زوجته إذا كان يضيفه إلى اسمه [1] .

نتائج الزواج الباقية : يبقى بين الزوجين من أثر الزواج الأمانة في العرض فيجب على الزوجة عدم خيانة زوجها ، والعقاب هو هو كما لو كانت الزوجية متصلة ، وأما الزوج فلو عاشر غير زوجته في بيته فلا عقاب عليه ؛ لأنه خرج عن منزل الزوجية (العجب العجاب من هذا التشريع الظالم : امرأة يحكم عليها بقمع شهواتها ويسلط عليها القانون ، وزوج يباح له الزنا بلا عقاب !! هذه هي الإباحية بعينها) وما أعدل التشريع الإسلامي في حفظ حقوق المرأة والمساواة بينهما .

يبقى أيضًا واجب المساعدة بين الزوجين فلمن كان في حاجة أن يطلب فرض نفقة فيفرض له ولو كان محكومًا عليه في التفريق ، ويطبق أحكام الأولاد في

---

(1) انظر : البنود من 306 إلى 311 في الباب الرابع ، من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 71 ، 72 .

الطلاق هنا بلا فارق فقط للمحكوم عليه التمتع القانوني بأملاك الأولاد .

يفقد أحد الزوجين المحكوم عليه كل تفضيل نتج عن الزواج أو بعده كما في الطلاق كما يفقد ما يأتي :

1 - الزوج المحكوم ضده في التفريق لا يرث من المحكوم له بعد وفاته .

2 - الزوج المحكوم ضده في التفريق لا يتمتع بالحق الممنوح بموجب قانون 1866 فيما تركه المؤلف إلى زوجته .

3 - لا يستحق الزوج المحكوم عليه ميراثًا في معاش المحكوم له إذا كان موظفًا يستحق معاشًا من الحكومة .

والفرق بين الحرمان في الطلاق والحرمان في التفريق الجسماني أن الطلاق قطع العلاقة الزوجية بينهما فالحرمان لعدم الزوجية ، وأما في التفريق الجسماني فالحرمان ينصب على المحكوم عليه فقط كعقاب له .

انقطاع التفريق الجسماني : ينتهي التفريق الجسماني بأحد أمور :

1 - بموت أحد الزوجين .

2 - صلح الزوجين على المعيشة كما كانا .

3 - بتحويل التفريق إلى طلاق .

3 - بطلاق جديد لأسباب أخرى .

وليس للصلح شكل مخصوص بل يعودان إلى المعيشة الزوجية ، ولكن ليعلم الناس رجوعهما فيعاملوهما كزوجين يجب عمل إشهاد بذلك يقدمه مسجل العقود ، ويوضع ملخصه بصالة المحكمة خصوصًا التجارية متى كان الزوج تاجرًا ، ويؤشر على هامش سجل الزواج وعلى الحكم بالتفريق ويعلن بجريدة الإعلانات القضائية المحلية .

وينتج عن الصلح أن الحياة الزوجية تعود :

1 - فلا محل إقامة ولا سكن للزوجة غير محل إقامة زوجها .

2 - عودة السلطة الزوجية وعدم أهلية المرأة للتعاقد .

3 - عودة السلطة الأبوية إذا كانت سلبت من الأب .

وبالرغم من عودة الزوجين بالصلح فلا تعود الأملاك كما كانت بل يجب عمل إتفاق خاص لذلك م 1451 .

إذا لم يعلن الصلح بين الزوجين فتبقى الزوجة في نظر الغير دائمًا متفرقة من زوجها ، ولا يعارض الغير بالصلح مطلقًا إلا إذا أعلن ذلك .

تحويل التفرقة إلى طلاق : يجوز للمحكمة تحويل تفريق الزوجين إلى طلاق متى مضى عليه ثلاث سنوات بدون صلح ؛ لأن استمرار هذه الحياة لا يفيد شيئًا ، ويشترط لذلك :

أولًا – لا بد من حكم قضائي بالتفريق الجسماني أولًا فلو تفرقا ودِّيًا فلا يكفي لتحويله للطلاق .

ثانيًا – يشترط أن يمضي ثلاث سنوات من يوم أن صار حكم التفريق نهائيًّا إلى ما قبل يوم تقديم طلب التحويل إلى الطلاق .

ثالثًا – يشترط أن يطلب أحد الزوجين تحويل التفريق إلى الطلاق وأن تنطق المحكمة بذلك ، وما على المحكمة متى وجدت الشروط إلا أن تنطق بالطلاق بدون بحث في الموضوع ، والحكم الذي يصدر بتحويل التفريق إلى الطلاق هو كحكم الطلاق من كل الوجوه .

يجوز لأحد الزوجين طلب الطلاق من جديد بعد صدور الحكم بالتفريق ، وذلك قبل مضي الثلاث سنين حتى ولو كان هو المحكوم له في التفريق بشرط أن يبني طلبه على أسباب جديدة حصلت بعد التفريق ؛ لأن الأسباب التي حكم بها في التفريق لا تصلح إلا في طلب استبدال الطلاق بالتفريق .

المؤلف : إنما ذكرت كتاب التفريق وإن كان غير موجود في التشريع الإسلامي إتمامًا للفائدة من الاطلاع على التشريع الوضعي وكيف يكون .

نتيجة المقارنات من بند 170 إلى نهاية بند 190

يتفق التشريعان فيما يأتي : انحلال الزواج بالموت أو الطلاق – الطلاق وهو حل عقدة الزواج – أسباب الطلاق (في الجملة) – سوء المعاملة – احتياطات تحفظية مدة الطلاق (في الغالب) – (سكن الزوجين ، نفقة الزوجة ، حفظ الأولاد) – نتائج الطلاق (في الجملة) .

ويختلف التشريعان فيما يأتي : الطلاق بيد القاضي – أسباب الطلاق – (الزنا . الحكم بعقاب بدني قصاصي ومخل بالشرف) – حق الطلاق وإجراءاته – احتياطات تحفظية مدة الطلاق(نفقة الزوج على زوجته ، حفظ الأولاد لمن يرى القاضي ، حفظ الأملاك) – التفريق الجسماني .

بند [193] البُنُوَّة

القانون الفرنسي : البنوة هي الرباط الذي يجمع الأب والولد حينما تعتبر العلاقة التي بينهما من جانب الولد ، فإن اعتبرت العلاقة من جانب الأب سميت أبوة ، فإن اعتبرت من جانب الأم سميت أمومة .

وأنواع البنوة ثلاثة :بنوة شرعية ، وبنوة طبيعية ، وبنوة متبناة .

وينتج عن البنوة النتائج القانونية الآتية :

1 – بالنظر للميراث . 2 – بالنظر لموانع الزواج .

3 – بالنظر إلى الواجبات والحقوق الأبوية .

4 – بالنظر إلى واجبات النفقة .

ملاحظات عمومية : البنوة الشرعية هي الرابطة الموجودة بين ولد وأبويه والمترتبة على زواج ، والذي يريد إثبات أن هذا الولد ولد شرعي لزيد من عائشة مثلًا عليه أن يثبت :

1 – أن هذا الرجل وهذه المرأة زوجان لبعضهما .

2 – أن هذا الولد نتج أو على الأقل ولد في مدة زواج هذين الشخصين .

3 – أن هذه المرأة وضعت هذا الولد نفسه .

4 – أن زوج هذه المرأة هو أب لهذا الولد . يوجد بين إثبات الأبوة والأمومة فرق أساسي ، وهو أن دليل إثبات الأمومة يكون دائمًا مصحوبًا بدليل حسي كالداية والطبيب ومن كان حاضرًا وقت الولادة . وأما إثبات الأبوة فدليله افتراضي اعتمادًا على قيام فراش الزوجية والمبيت مع الزوج وأمانة الزوجة على نفسها ؛ فدليل الأمومة يكون مباشرًا ، ودليل الأبوة يكون غير مباشر [1] .

بند [194] التشريع الإسلامي

البنوة هي نسبة مولود لمن ولد عنه فإن اعتبرتها من جانب الأب كانت أبوة ، وإن اعتبرتها من جانب الابن كانت بنوة فالأبوة أصل ، والبنوة فرع .

---

(1) انظر : البنود من 312 إلى 318 في الفصل الأول من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 72 ، 73 .

والبنوة نوعان فقط : بنوة شرعية ، وهي التي يبنى عليها الميراث ، وينتج عنها موانع الزواج ، ويترتب عليها حقوق وواجبات أبوية وبنوية . وبنوة طبيعية ، وهي هَدْر بالنسبة للأب ، فلا يترتب عليها أي شيء إطلاقًا كما سيأتي ، وهي كالشرعية بالنسبة للأم ؛ لأنه ولدها على كل حال ، وسيأتي بيان ذلك . وأما البنوة المتبناة فقد ألغاها التشريع الإسلامي لتصحيح الأنساب بلا دخيل .

البنوة الشرعية هي نسبة بين الولد وأبيه والمترتبة على زواج صحيح أو زواج فاسد ، وليس فيه حد (درأ الحد) [1] . وإثبات بنوة الولد الشرعي تعتمد على زواج رجل بامرأة وأن الولد ثمرة هذا الزواج ، أو اجتماع ذكر بأنثى خطأ أو غلطًا أو في زواج فقد شرطا مختلفًا فيه ومنع الحد ، وتعتمد أن الولد وُلِدَ والفراش الزوجي قائم أو بعد حل العصمة لكن في مدة الحمل المقررة شرعًا . ويكفي في إثبات البنوة الشهادة الشرعية أو الإقرار به من الأب أو بالسماع الشائع من الثقات وغيرهم بهذا النسب ، ولا يحتاج لشيء آخر . وفي الواقع أن الولد للفراش فهو محقق من أمه ؛ لأنها حملته ووضعته وأرضعته ، وهذه أعمال حسية تقام عليها البينة . وأما علوقه من أبيه فهو مفروض من واجب الزوجية في إحصان الزوجين كلاهما الآخر ، ولكن المشرع قضى بأن الولد للفراش إلا إذا كان هناك مانع حسي (كمشرقي على مغربية ، أو كصبي وقت الحمل ، أو خَصِيٍّ أو مجبوب ، أو مقطوع البيضة اليسرى) فينتفي الولد بدون لعان لاستحالة الحمل متى نفاه الأب وإن كان الفراش قائمًا فإن لم ينفه فهو ولده [2] .

بند [195] دليل شرعية الولد

القانون الفرنسي : الولد الشرعي هو الذي حملت به أمه مدة قيام الزوجية بين

(1) قاعدة : البنوة الشرعية هي نسبة بين الولد وأبيه مترتبة على زواج صحيح أو زواج فاسد ليس فيه حد .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 460/2 أنه ينتفي الحمل والولد بلعان معجل لا بغيره ... إلا أن تأتي بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم العقد بشيء له بال كستة أيام فينتفي حينئذ بغير لعان ، لقيام المانع الشرعي ، أو تأتي به وهو أي الزوج صبي حين الحمل أو مجبوب فينتفي عنه الولد بغير لعان لاستحالة حملها منه حينئذ ، ومثله مقطوع الأنثيين أو البيضة اليسرى فقط على الصحيح ، وكذا لو ادعت الحمل امرأة مغربية بعد العقد عليها على زوج لها مشرقي مثلًا وتولى العقد بينهما في ذلك وليهما ، وهما في مكانهما أي المغرب والمشرق ، وعلم بقاء كل من الزوجين في محله ، إلى أن ظهر الحمل فإنه ينتفي عنه بغير لعان لقيام المانع العادي .

أبيه وأمه ، ولكن القانون قد ألحق به الولد الذي حملت به أمه قبل عقد الزواج والذي ولد بعد إعلان زواجهما ، والولد الذي يدعي شرعيته عليه إثبات شيئين [1] :

أولًا – زواج من يدعي أنه وُلِدَ منهما وقد تقدم ذلك في محله .

ثانيًا – حمله وولادته على الأقل في مدة الزواج .

فتحديد زمن الولادة بالضبط سهل سواء باستخراج شهادة الميلاد أو شهادة من حضر الولادة .وتحديد زمن الحمل يرجع إلى اعتبار أقل مدة الحمل مائة وثمانين يومًا ، وأكثره 300 يوم ثلاثمائة يوم ، فمن ولد لأقل من 180 يومًا من تاريخ الزواج لم يكن شرعيًّا ، ومن ولد لأكثر من 300 يوم بعد حل الزواج لم يكن شرعيًّا ، ويبتدأ الزمن من وقت الزواج ومن وقت حله .

بند [196] التشريع الإسلامي

الولد الشرعي هو الذي حملته أمه مدة قيام الزوجية الصحيحة أو من حملت به المغلوط فيها أو المخطأ فيها أو من كان نكاحها فاسدًا ، والذي وضعته أمه بعد الدخول بستة أشهر كاملة أو قبل مضي أربع سنين من وقت انحلال الزواج ، ولم ينفه الزوج أو يلاعن زوجته في نسبه (مالك والشافعي وأحمد) [2] أو سنتين (أبو

(1) انظر : البنود من 312 إلى 318 في الفصل الأول من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 72 ، 73 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 460/2 أنه لو وطئها بعد وضع ولد بشهر مثلًا وأمسك عنها ، ثم أتت بولد بعد مدة من الوطء الأول لا يلحق فيها الولد بالزوج لكثرة كخمس سنين ، لأنه لا يكون هذا الولد تكملة للحمل الأول لأنه قد فصل بينهما بأكثر من ستة أشهر ولا من الوطء الثاني لأن أقصى أمد الحمل خمس سنين وهذا قد أتت به بعد مدة أكثر منها .

* مذهب الشافعية : أنه لا يلحق الولد بالزوج إذا لم يكن إمكان الوطء . فإذا نكحها وطلقها في المجلس وغاب عنها غيبة بعيدة لا تحتمل وصول أحدهما إلى الآخر ، وأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الغيبة أو يسرى العقد والزوجان متباعدان ... وأتت بولد لستة أشهر من حين العقد ففي كل هذه الصور ينتفي الولد بغير لعان . انظر الكافي ص 289 والمقنع ص 256 .

وجاء في المغني لابن قدامة ، إن أتت امرأته بولد نظرنا فإن كان مثل عشر سنين لم يلحقه الولد ، ويكون منفيًّا عنه ، لأن العلم يحيط بأنه ليس منه ، فإن اللّه لم يجر العادة بأن يولد لمن دون ذلك فينتفي عنه ، كما لو أتت به المرأة لدون ستة أشهر منذ تزوجها ، وإن كان ابن عشر فصاعدا . قال ابن حامد : يلحق به . قال القاضي وهو : ظاهر كلام =

حنيفة) [1] ، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر ولو بستة أيام انتفى نسبه من أبيه متى نفاه ، فإن وضعت حملها دون أقصى أمد الحمل كما لو ولدته بعد انقضاء العدة بسنة أو سنتين أو ثلاثة لحق بالزوج ما لم ينفه بلعان . فإن تعاشر الزوجان بلا عقد وحملت ، ثم تعاقدا زواجًا شرعيًا فإن ولد الحمل لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه من أبيه إلا إذا ادعاه غير معترف أنه من الزنا .فالزواج اللاحق لا يصحح فعلًا فاسدًا قبله ، ولا يجعل نتائجه شرعية من حيث هو فاسد ، لكن للزوج ادعاء الولد متى لم يقل : إنه من الزنى [2] .

والولد الذي يدعي بنوة شرعية عليه إثبات ذلك بشهادة رجلين عدلين ، وتكفي بينة السماع الشائع من الثقات وغيرهم بهذا النسب .

بند [197] القانون الروماني

البنوة الشرعية : وهو عمل به يصير الولد الطبيعي تحت سلطة رب العائلة وهو الأب يجعل المعاشرة الحرة زواجًا شرعيًا ، ويمكن جعل الولد شرعيًا بأحد أمرين : أولًا- بالزواج اللاحق من الأب والأم ، فيصير الأولاد شرعيين : الموجودون منهم واللاحقون ، وقد اشترط لصحة ذلك :

1 - كون الزواج ممكنًا قانونًا بين الأب والأم وقت حمل الطفل .

2 - يجب أن يحرر عقد المهر ليفصل بين المعاشرة الأولى والزواج الشرعي .

3 - يلزم رضا الطفل بالاعتراف ببنوته .

ثانيًا - بصدور دكريتو [3] من الملك يجعل الولد شرعيًا في حالة عدم إمكان الزواج للغيبة أو زواج الأم بغير أبيه إلخ . ويشترط :

= أحمد ، ومذهب الشافعي . لأن الولد يلحق بالإمكان وإن خالف الظاهر ، ولهذا لو أتت بولد لستة أشهر من حين العقد لحق بالزوج وإن كان خلاف الظاهر ، وكذلك يلحق به إذا أتت به بالأربع سنين مع ندرته .

(1) جاء في الدر المختار 351/3 وما بعدها أن المطلقة طلاقا رجعيا يثبت معه نسب الولد ، ولو جاء لعشر سنين بعد الطلاق أو أكثر ولو واحدة بائنة فلا بد أن تأتي به لتمام سنتين أو أقل بعد أن يكون لأقل من ستة أشهر .

(2) إنما يستلحق الأب مجهول النسب لتشوف الشارع للحوق النسب ، ولولا أن الشرع خصه بالأب لكان استلحاق الأم أولى لأنها اشتركت مع الأب .

(3) Décret - Loi كلمة فرنسية بمعنى مرسوم اشتراعي ، مرسوم بقانون المنهل ص 359 .

1 - كون الزواج ممكنًا وقت الحمل . 2 - عدم معارضة الولد في ذلك .
3 - عدم وجود ولد آخر من زواج ثان [1] .

بند [198] القانون الفرنسي

وقد اعتبر القانون الولد السابق على الزواج سواء بحمله أو بميلاده ولدًا شرعيًا ، ولكن يمكن للأب نفيه ؛ فنسبته للأب ضعيفة متوقفة على قبوله ، وفي تعليل آخر أنه ولد طبيعي ، ولكن القانون ألحقه بالولد الشرعي ؛ لأن الزوج أراد إصلاح ما أفسده فعقد رسميًا ، وكذا يلحق الولد الذي يولد بعد ثلاثمائة يوم من حل الزواج بأبيه إذا لم ينف نسبه عنه أو يعارض في ذلك من له مصلحة في ذلك ، وبذا يكون كالولد الشرعي له ماله من حقوق .

فإذا غاب زوج غيبة قانونية ، ولا يُدْرَى أميت أم حي وبعد مضي 300 يوم وضعت زوجته ولدًا فلا يلحق بأبيه لعدم التحقق من وجوده على قيد الحياة [2] .

بند [199] التشريع الإسلامي

لم يعتبر المشرع الإسلامي الولد السابق على الزواج سواء بحمله أو بميلاده ولدًا شرعيًا ؛ لأن وجوده لم يستند لعقد أو عمل يجعله شرعيًا ، فإن تحقق حمله قبل الزواج لا يحل الوطء حتى تضع الحمل ، بل ولا العقد إذا كان من غير أبي الحمل ، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر انتفى نسبه بمجرد النفي . فإن ادعاه ولدًا صح ذلك بالشروط المقررة من كونه بالغًا عاقلًا يؤخذ بإقراره ، لا يكذبه عقل ولا عرف ولا عادة ؛ إذًا ليس ولدا شرعيًا بنص التشريع .

والولد الذي يولد بعد انقضاء العدة وفي مدة أقل من نهاية الحمل (أربع سنين) يلحق بالزوج إلا إذا لاعن زوجته أن هذا الولد ليس منه ، فإن تم التلاعن بينهما نُفي الولد عن الأب ولحق بأمه ، وللورثة الحق في معارضة مدعي الأمومة أو الأبوة بعد الوفاة ، وعلى المدعي إثبات مدعاه بالبينة الشرعية تشهد بالسماع الشائع من الثقات وغيرهم ، ومتى أثبت ذلك فهو ولد شرعي للمتوفى ، والولد الذي يولد

---

(1) انظر : الباب العاشر ، من الكتاب الأول « في النكاح الصحيح » من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ص 20 – 24 .

(2) انظر : البنود 312 إلى 318 في الفصل الأول ، من الكتاب السابع من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 72 ، 73 .

بعد أقصى مدة الحمل لا ينسب إلى زوج تلك المرأة السابق إطلاقًا فليس في حاجة إلى نفيه أو ملاعنة أمه ، اللهم إلا إذا ادعاه ولدًا له بالشروط المارة فيلحق به .

فإن غاب الزوج غيبة منقطعة بحيث لا يدري إن كان حيًا أو ميتًا وتحقق عدم معرفة أخباره ، ثم عاد فوجد مع زوجته أولادا حُمل بهم مثلًا ، ورأوا الحياة أثناء غيبته الطويلة فله ملاعنة زوجته ونفي نسب هؤلاء الأولاد ، فإن لم يعد جاز للورثة منازعتهم في أبوتهم حيث كانت ولادتهم بعد غيبة أبيهم لأقصى مدة الحمل أي ولدوا بعد أربع سنين من غيبة أبيهم فعليهم إثباتها وإلا فهم للفراش ، فإن الفراش محقق قبل الغيبة يتبعه مدة أقصى الحمل ، ثم يكون الفراش مشكوكًا فيه قطعًا فعليهم الإثبات متى عارضهم ذوو الحقوق المترتبة على الوفاة [1] .

بند [200] إثبات البنوة

القانون الفرنسي : متى أثبت من يدعي البنوة زواج الرجل والمرأة المدعى عليهما أنهما ولداه ، وأثبت أنه حُمِل به أو ولد مدة الزوجية فعليه أن يثبت بنوته بالطريق الذي رسمه القانون كما يأتي [2] :

أولًا – شهادة الميلاد وهو الطريق الطبيعي لإثبات الشرعية ، فتدل على ولادة المدعي . فقط تذكر اسم الأم ممن حضروا وقت الولادة ، وبلغوا عنها لقيد الطفل ، فهي تفيد اليقين متى كان الزواج موجودًا قانونًا ؛ لأنه لا معنى للغش والتدليس في حالة يعد فيها الشك فتثبت الأمومة ، ولكن إذا عارضت الأم في ذلك أمكن إثباتها بكل الطرق ، فشهادة الميلاد تثبت الأمومة صراحة والأبوة بطريق غير مباشر .

ثانيًا – بالصفة القائمة في حال عدم وجود شهادة الميلاد يقوم مقامها الصفة القائمة ، وهي مجموعة أفعال تدل على علاقة البنوة والقرابة بين شخص وعائلة يدعي أنها له .

والأفعال الأساسية هي :

الولد يحمل دائمًا اسم الأب المدعى به ، وأن الأب المذكور يعامله كولده

(1) جاء في حاشية الدسوقي 487/4 أنه يوقف نصيب المفقود وما اختلف فيه حاله من نصيب غيره فإن ثبتت حياته أو موته ببينة فالأمر واضح .

(2) انظر : البنود من 319 إلى 330 في الباب الثاني ، من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 74 : 76 .

ويتولى تعليمه والإنفاق عليه والمبيت معه ، وهو معروف بهذا لهذه العائلة ، ويجتمع ذلك في حمل الاسم ، والمعاملة ، والتعاهد ، والشهرة .

ويجب في الصفة القائمة أن تكون من الأبوين معًا فإن كانت من أحدهما فقط فهو ولد طبيعي ، ويجب أن تكون الحالة مستمرة من يوم ولادته إلى وقت ادعائه .

ولا يقدم دليل على إثبات الحالة حيث أنه يشترط وضوحها لكل الناس ، ولو فرض وعارضه فيها المدعى عليهما فله إثبات ذلك بالشهود .

فإن توافر وجود شهادة الميلاد والصفة القائمة فقد تحقق أنه ولد شرعي ، وإن توافر وجود الصفة القائمة دون شهادة الميلاد ثبتت الأمومة حقيقة والأبوة تبعًا لها ، ولكنها أقل من الأولى فيجوز لأحد الأبوين معارضة الولد في الصفة القائمة لجواز إظهار أن ولدهما قد مات أو أنهما عقيمان ، وإن توفرت شهادة الميلاد فقط فتثبت بها البنوة ، ولكنها تكون معرضة لمعارضة ثالث أو لطلب الصفة القائمة .

فإن عدمت شهادة الميلاد والصفة القائمة كأن ترك الولد فتربى عند آخرين فيجوز له أن يعارض في حالته كما يجوز لمن يهمهم الأمر فتقدم شهادة الميلاد على الصفة القائمة بشرط أن ألا يكون فيها نزاع .

ثالثًا – إذا لم توجد شهادة الميلاد أو صفة قائمة فيكون دليل البنوة الشهود فيثبت الشهود أمرين :

1 – ولادة المرأة المدعى أنها أم .

2 – تحقيق شخصيتها مع الولد الذي وضعته ، وبذا تثبت الأمومة ، وأما الأبوة فتثبت تبعًا لهذا بقرائن الأحوال .

ولكن لم يقبل القانون الشهود مجردة من كل قيد ، بل اشترط لقبول شهادتهم وجود ما يفهم منه كتابة أيا كانت رسمية أو عرفية أن هذا الولد قد يجوز أن يكون ولدًا شرعيًا (يعني شبه دليل كتابي) أو وجود علامات ، فتعتبر قرائن أحوال على أنه يمكن إقامة الدليل بكل الطرق على نفي شهادة الشهود .

بند [201] التشريع الإسلامي

البنوة الشرعية تثبت بالإقرار من الأب أو بشهادة الشهود على السماع الشائع

من الثقات وغيرهم بالنسب المدعى به [1] ، وأن الإقرار والشهادة عليه أو الشهادة الشرعية على النسب تتضمن كل وقائع الدعوى من أن المدعى عليه فلان بن فلان ابن فلان رزق بالمدعي ولدًا شرعيًا له من نكاح شرعي صحيح من أمه فلانة بنت فلان بن فلان ، فالطالب ولد للمدعى عليه بصحيح النسب ، وهو مع ذلك ينكر بنوته فيطلب الحكم له بإثبات بنوته من المدعى عليه إلخ . ودليل هذه الدعوى قد يكون كتابيًّا كشهادة الميلاد المذكور فيها رزقه من أبيه وأمه فلان وفلانة ، وهي شهادة القابلة المدونة رسميًّا فهي حجة على ما تدون بها مما وجدت له حتى يثبت خلافه فإن ادعى البنوة وقدم إشهاد الميلاد فعارضه الأب بأنه لم يتزوج قط ، أو أن أمه عاقر ولم تلد إطلاقًا ، أو أقام دليلًا حسيًّا على أنه لا يولد مثله للمدعى عليه بطل الاستدلال بالدليل الكتابي ، وقد يكون الدليل الكتابي اعترافًا من المدعى عليه كذلك .

وقد يكون الدليل للبنوة شهادة شهود فمتى كانوا عدولًا طابقت شهادتهم الدعوى ولو شهودا على الصفة القائمة التي لا تدع مجالًا للشك في أن هذا الولد ولد المدعى عليه ، وكان هذا السماع الشائع من الثقات وغيرهم بهذا النسب ، وللمشهود عليه الحق في أن يبين للقاضي وجه خطئهم في الشهادة وكل ما يجرح شهادتهم ، فإن كان بحق رد القاضي شهادتهم كأن كان الشهود مؤجرين يحترفون الشهادة أمام المحاكم أو كانوا مشهورين بالفسق والفجور والمجون (والصفة القائمة في القانون الفرنسي هي السماع الشائع من الثقات وغيرهم بهذا النسب) .

إن ثبوت النسب لا يكون تبعيًّا [2] بمعنى أنه إذا ادعى بنوته من زيد وأمومته من زوجته هند ، فأقام بينة فشهدت بأمومته من هند فقط ، ولم يسندوا ولادته للفراش القائم بين زيد وهند تثبت أمومته فقط دون أبوته فيتوارث مع أمه وغيره من أولادها إخوته لأم .

ونفي النسب عن الأم أو الأب يكون بالعجز عن إثباته شرعًا لا غير فلا ترفع دعوى نفي نسب منهما أو من أحدهما . إنما إذا علم الزوج أن زوجته زنت وأن هذا الولد ليس منه جاز له أن يرميها بالزنا وأن يلاعنها ، ومتى تم ذلك انتفى عنه نسب هذا الولد تبعًا لذلك . وبالاختصار فالتشريع الإسلامي يعتمد في إثبات

---

(1) قاعدة : البنوة الشرعية تثبت بالإقرار من الأب أو بشهادة على السماع الشائع من الثقات وغيرهم بالنسب المدعى به .

(2) قاعدة : ثبوت النسب لا يكون تبعيًّا .

النسب على الإقرار اللفظي أو الخطي أو شهادة الشهود حتى ولو بالسماع الشائع ؛ لأن المشرع يشتاق إلى إثبات النسب أكثر من الضياع ، ولكن بطريق الإثبات الشرعي [1] .

التشريع الإسلامي لم يرتب أدلة إثبات البنوة بل أباح للمدعي إثباتها بالبينة الشرعية وهي في إثبات النسب عدلان مقبولا الشهادة شرعًا ، وفي إثبات الولادة وذكورته وأنوثته امرأتان عدلتان فيثبت نسبه إلى أمه وتوارثهما بذلك [2] .

وأما ثبوت الأبوة تبعًا لثبوت الأمومة فغير معتبر شرعًا إلا إذا كان الفراش قائمًا يعني الزواج الشرعي موجودًا ، وأثبت المدعي بالبينة الشرعية أبوته وأمومته وقد سبق ذلك . ولا يشترط شبه دليل كتابي ولا وجود قرائن ، وللمدعي عليه دائمًا الحق في بيان عدم صحة الدعوى وما أقيم عليها من دليل [3] .

بند [202] الدعاوى المتعلقة بالبنوة الشرعية

القانون الفرنسي : الدعاوى المتعلقة بالبنوة تكون :

1 - دعوى المعارضة في الصفة القائمة .

2 - دعوى نفي الأبوة .

3 - دعوى الحكم بالحالة القائمة أو بالبنوة .

4 - دعوى المعارضة في شرعية الولد .

أولًا - دعوى المعارضة في شرعية الولد ، وهي الدعوى التي ترفع بقصد إثبات

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 412/4 أنه إنما يستلحق الأب . والاستلحاق هو ادعاء رجل أنه أب لمن يدعي لحوقه به . والقاعدة أنه إنما يستلحق الأب ولو كذبته أمه لتشوف الشارع للحوق النسب الخرشي 101/5 .

(2) جاء في الخرشي 100/5 وما بعدها أنه : إن أقر عدلان بثالث ثبت النسب . يعني أن العدلين إذا أقرا بثالث فإنه يثبت نسبه ويرث ، كأخوين أقرا بثالث ، ومراده بالإقرار الشهادة لأن النسب لا يثبت بالإقرار ، لأنه قد يكون بالظن ولا يشترط فيه العدالة . والشهادة لا تكون إلا بتًّا ويشترط فيها العدالة ، لأن النسب لا يثبت بالظن . جاء في حاشية الدسوقي 189/4 أن - النسب والإرث يثبتان بشهادة امرأتين بالولادة والاستهلال للمولود وعليه فإن شهدتا بالولادة والاستهلال ورث من مات قبل ذلك وورثه وارثه .

(3) للمدعى عليه هذا الحق فيما قرره فقهاء المذهب المالكي ، كما أن للمدعي المطالبة بوقف المدعى به ومنع المدعى عليه من التصرف فيه إلى أن يأتي ببينة تشهد له على دعواه المجردة من البينة . حاشية الدسوقي 191/4 .

أن هذا الولد لا حق له في صفة ولا حقوق الولد الشرعي .

وأحوال مباشرة هذه الدعوى :

1 - ولد ولد لأكثر من 300 يوم من تاريخ انحلال الزوجية بين أبيه وأمه .

2 - في حالة ادعاء أن أب الولد وأمه لم يكونا زوجين قانونًا .

3 - ولد ولد قبل زواج أبويه .

والذي يباشر هذه الدعوى كل شخص له مصلحة في ذلك خصوصًا الورثة ، وعلى المحكمة الحكم طبق القانون ، وليس لها تقدير موضوع الدعوى بالنظر لظروف خاصة [1] .

بند [203] التشريع الإسلامي

لا ترفع دعوى في التشريع الإسلامي مباشرة لنفي نسب ، وإنما نفي النسب يأتي تبعًا لملاعنة الرجل زوجته [2] ؛ فلا يرفع الأب ولا الأم دعوى على ولد بأنه ليس ولدًا لهما أو لأحدهما لأنها دعوى نفي مطلق ، ودعوى النفي المطلق لا تقام عليها بينة [3] ، ويثبت نفي نسب الولد عن الأب أو الأم بعجز الولد المدعي عن إثبات أبوته أو أمومته .

وينتفي الولد عن أبيه متى لاعن أمه ونفاه عن نفسه مدعيًا أنها زنت ، وهذا الولد ثمرة الزنى ، وأحوال اللعان تكون :

1 - من رأى زوجته تزني ، ولا بينة عنده تشهد معه ، وهي أربعة عدول رأوا رأي العين ، أو تحقق من زناها بما لا يدع مجالًا للشك في أنها ارتكبت هذه الفاحشة فله ملاعنتها بأن يقسم باللّه أربع مرات أنها لزنت ، والخامسة أن لعنة اللّه عليه إن كان من الكاذبين ، ثم تشهد باللّه أنها لم تزن أربع مرات ، وفي الخامسة أن غضب اللّه عليها إن كان من الصادقين فيفرق القاضي بينهما فراقًا أبديًا ، فإن

---

(1) انظر : البنود من 319 إلى 330 في الباب الثاني من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول .

(2) قاعدة : لا ترفع دعوى مباشرة لنفي النسب وإنما يأتي نفي النسب تبعًا لملاعنة الرجل زوجته .

(3) قاعدة : دعوى النفي المطلق لا تقام عليها بينة .

أتت بولد لستة أشهر فأكثر من يوم الرؤيا فقد انتفى نسبه عن أبيه ، فإن أتت بولد قبل ستة أشهر من يوم رؤية الزنا لحق بالزوج ؛ لأنه تبين أن الحمل كان موجودًا قبل الزنا فهو منه إلا أن يكون قد استبرأها بحيضة قبل رؤيتها تزني فله الاعتماد على ذلك وانتفى نسبه بعد اللعان [1] .

2 - إذا عقد الزواج ولم يطأها أصلًا أو وطئها وأتت بالولد لأقل من ستة أشهر أو بعد خمس سنين من هذا الوطء يعني من الوطأة الأولى لم يطأها بعد لخمس سنين ، ثم وضعت أو ظهر عليها الحمل فللزوج ملاعنتها في هاتين الحالتين ونفي الولد عنه [2] .

3 - إذا كانت الزوجة حاملًا ووضعت حملها أو تركها بلا وطء حتى رأت حيضة ، ولم يطأها بعد الوضع أو الاستبراء بالحيضة ، ثم وضعت ولدًا بعد ستة أشهر جاز له ملاعنتها ونفي المولود عنه [3] .

4 - من انقضت عدتها أو مضى زمن عدتها ، وأتت بولد ، إن كان دون أقصى مدة الحمل وهي أربع أو خمس سنين لحقه الولد ، وله الحق في نفيه بلعان ، فإن تم التلاعن ، أو نكلت وحُدَّت انتفى عنه نسب الولد . وإن أتت به بعد أقصى مدة الحمل لا يلحق به أصلًا بلا لعان ، فإن أتت بالولد لدون ستة أشهر من العقد ولو ستة أيام انتفى عنه الولد بلا لعان ؛ لأن الدخول الحسي غير موجود .

ودائمًا الولد الشرعي يكون من زواج صحيح أو فاسد لشرطه ومنع حد الزنا أو

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 458/2 أنه إذا لاعنها بسبب الرؤية أو ما في معناها من العلم بالزنا فأتت بولد كامل لستة أشهر أو أنقص منها بخمسة أيام ، وإلا بأن ولدته كاملًا لدون ستة أشهر إلا خمسة أيام بأن ولدته لستة أشهر إلا ستة أيام فأقل من يوم الرؤية لحق به ... إلا أن يدعي الاستبراء قبل الرؤية بحيضة فإن ادعاه لم يلحق به وينتفي بذلك اللعان إذا كان بين استبرائه ووضعها ستة أشهر فأكثر فإن كان أقل من ستة أشهر إلا خمسة أيام فإنه يحمل على أنه موجود في بطنها حال الاستبراء والحامل قد تحيض .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 460/2 أنه لو أتت بولد (لمدة لا يلحق الولد فيها بالزوج إما لقلة كخمسة أشهر فأقل بين الوطء والولادة فإنه يعتمد في ذلك على نفيه ويلاعن فيه أو لكثرة كخمس سنين فأكثر فإنه يعتمد في ذلك على نفيه ويلاعن فيه .

(3) جاء في حاشية الدسوقي 460/2 أنه لو لم يطأها بعد استبراء بحيضة وأتت بولد لستة اشهر فأكثر من الاستبراء فيعتمد في نفيه على ذلك ويلاعن .

غلط في الذات أو في الصفة أو نسيان .

والذي يلاعن هو الزوج فقط ولو من نكاح فاسد وهو الذي ينفي النسب . وللورثة إذا مات مورثهم وادعت زوجته ولدًا بعد مدة العدة أن يعارضوه في ادعاء البنوة الشرعية متى كان لهم سبب صحيح شرعًا في هذه المعارضة . وكذا إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من العقد أو إذا كان هناك مانع طبيعي يمنع الوطء والولادة مثلًا ، وعلى المحكمة مراعاة النصوص الشرعية وتطبيقها على كل حادثة بما يناسبها شرعًا .

وبما أن نفي الحمل أو الولد أمر خطير خصوصًا في هذه المواضع فإنه لا ينتفي الحمل ولا الولد فيها إلا باللعان وحكم الحاكم ولو تصادق الزوجان على نفي النسب ، ويلحق بالأب النسب وإلا حُدَّ وبما أن الرمي بالزنى أو نفي الحمل أو الولد لهذه الأسباب معناه أنها زانية وهو قذف شرعًا ، فإن لاعنت انتفى عنها الحد ، وانتفى نسب الولد عن أبيه . وإن نكلت - أي امتنعت عن اللعان - أُجرِي عليها الحد بالرجم حتى تموت لأنها مُحْصَنَة قد زنت ؛ وانتفى نسب الولد عن الزوج ؛ لأن نكولها قد صدق دعوى الزوج في أنه ليس منه . والمراد بالولد هنا المولود فيشمل الذكر والأنثى بلا فارق بينهما في الأحكام .

بند [204] القانون الروماني

دليل الأبوة لا يسمع مباشرة ، ولكن بطريق الافتراض متى وجد أحد أمرين .

1 - متى ثبت أن الطفل علق به مدة الزواج كان الزوج أباه .

2 - الطفل الذي يولد بعد حل الزواج بالموت أو الطلاق يلحق بأبيه متى ولد بعد حل الزواج في 300 يوم أطول مدة أو 189 يومًا أقصر مدة من ابتداء الزواج [1] .

بند [205] القانون الفرنسي

ثانيًا - دعوى إنكار الأبوة ، وهي التي يريد فيها الزوج إظهار أنه ليس أبًا للولد الذي ولدته زوجته بحكم قضائي ، يريد نفي قرائن الأحوال المفروضة في الأبوة . ولما كانت الزوجة قد تخون زوجها فلا يصح تحميل الزوج بنوة هو منها بريء ،

(1) انظر : الباب العاشر ، من الكتاب الأول في النكاح الصحيح من مدونة جوستينان في الفقه الروماني ص20 - 24 .

ولكن هذا الإنكار قد يجر على الزوجة وعلى أهلها ما يمس شرفهم فقيده القانون وقيد من يستعمل هذا الحق [1] .

أحوال مباشرة هذه الدعوى :

1 – استحالة معاشرة الزوج لزوجته استحالة جسمانية .

2 – كتم ولادة المولود .

3 – ولادة الولد قبل أوانه لمدة أقل من 180 يومًا من تاريخ الزواج .

4 – وجود قضية طلاق أو تفريق جسماني .

فالسببان الأخيران قطعيان في الدلالة فلا تملك المحكمة تقديرهما ، ولكنها تحكم قطعًا ، والسببان الأولان يترك للمحكمة تقديرهما ، فيجوز لها قبولهما أو رفضهما حسب الظروف وتقدير المحكمة وتفصيل ذلك .

1 – استحالة المعاشرة ، على الزوج إثبات عدم المعاشرة مدة الحمل في الولد يعنى من أول 300 يوم إلى (180 مائة وثمانين يومًا) قبل الولادة ، وتنتج الاستحالة عن غياب الزوج مدة حمل الولد أو كان مسجونًا أو لم يكن بينهما أي علاقة اتصال ، أو نتج من عارض مَنَع الزوج من اتصاله بزوجته كجرحه ، أو إجراء عملية جراحية جعلته غير قادر علَى اتصاله بزوجته ، وأما عدم القدرة الطبيعية الناتجة من عيب داخلي في تكوينه أو من ضعفه أو من مرض فلا تكون سببًا لإنكار البنوة .

2 – كتم ولادة الولد ، اشترط القانون لصحة إنكار الولد في كتم الولادة ما يأتي :

1 – يلزم إثبات خيانة الزوجة وبهذا يمكن نفي الأبوة ، ولكن لا ينفيها قطعًا .

2 – يجب وجود إخفاء الولادة .

3 – يجب تقديم أعمال خاصة لهدم الأبوة المفروض وجودها كمرض الزوج أو تقدم سنه .

ويرى المتشرعون ما يأتي وجرى العمل عليه في كثير من المحاكم :

1 – إثبات إخفاء ولادة الطفل .

---

(1) انظر : البنود من 312 إلى 318 في الفصل الأول ، من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 72 ، 73 .

2 – إثبات كل الأفعال الخاصة لإثبات أن الزوج ليس أبًا للولد ، أما إثبات الزنا فليس بلازم إقامة الدليل عليه منفردًا .

ثالثًا – ولادة الطفل قبل 180 يومًا من عقد الزواج : إذا ولد الولد بعد الزواج لأقل من 180 يومًا كان معتبرًا شرعيًا ، لكن هذا الاعتبار القانوني متوقف على عدم إنكار بنوة الطفل ، فإن أنكره أبوه فدليله شهادة الميلاد ، ويجب الحكم فيما طلبه ، وذلك لأن حمله تبين وقوعه قبل وجوب المبيت والأمانة للزوج فوقع شك تأيد بالوضع لأقل من 180 يومًا .

ومع هذا فيسقط حق الأب في إنكار البنوة في ثلاثة مواضع :

1 – متى علم الزوج بالحمل قبل الزواج فزواجه يعتبر قبولًا للولد .

2 – متى حضر إشهاد الولادة وأمضى أو كان هو المبلغ ، ولا يعرف القراءة والكتابة .

3 – متى ولد الولد غير قابل للحياة .

رابعًا – وجود قضية الطلاق أو التفريق الجسماني ، يجوز للزوج نفي أبوته في حالة وجود حكم أو حتى طلب الطلاق أو التفريق ، بمعنى أن الزوجة متى وضعت بعد 300 يوم من تاريخ قرار المحكمة بسكنها بعيدًا عن زوجها ، أو وضعت لأقل من 180 يومًا من تاريخ رفض دعوى الطلاق أو التفريق أو من تاريخ الصلح ، فللزوج نفي أبوته عنه ، وتحكم المحكمة بلا حق نظر وتقدير .

بند [206] التشريع الإسلامي

الحكم الشرعي أن الولد للفراش متى كان قائمًا ، [1] فالمفروض أن المولود بين زوجين نتج عن معاشرة وسكنى ومبيت وإفضاء ، ولكن هذا على إطلاقه قد يحمل الزوج نسب غيره ، أو يجوز أن يكون الزوج لا يخشى اللّه ، وهو ممن يحبون أن تشيع الفاحشة في زوجته لأغراض خبيثة ؛ فجعل المشرع لكلٍّ حقًّا ، فللزوج مع السبب الحقيقي في ريبته نفي الولد الناتج عن هذه الريبة لأسباب معينة يقبلها العقل وقد مرت . وله أيضًا لأسباب حسية نفي الولد بلا لعان فللزوج مباشرة هذا الحق في :

(1) قاعدة : الولد للفراش متى كان قائمًا .

1 – استحالة المعاشرة استحالة جسمانية لمانع حسي أو لمانع شرعي .

2 – ولادة الولد لأقل من ستة أشهر من العقد .

3 – وجود علة في الزوج كنقص طبيعي يمنع الحمل منه كعدم بلوغه مبلغ الرجال (صبي) أو كجَبِّه ، وهو مقطوع الذكر والأنثيين أو مقطوع البيضة اليسرى .

وأما كتم ولادة المولود عن الأب فيمكن إرجاع سببها لواحد من الثلاثة الأسباب المذكورة ، ولكن لا ينتفي الولد لمجرد كتم الولادة ، وإنما سكوته عن اللعان ونفي الولد قد يتخذ ضد الزوج كحجة على قبول المولود ، ولكن مؤاخذة الزوج بسكوته إنما تكون بعد علمه بالحمل أو الوضع كما سيأتي :

وأما وجود قضية طلاق بين الزوجين فتدخل في نفي النسب باللعان إذا امتنع عن نكاحها حتى حاضت ، ثم مكثت بعيدة عنه مدة فظهر بها الحمل ، أو لم يرها حتى وضعت بعد استبرائها فله الاعتماد على ذلك وملاعنتها ونفي الولد ، فلا تدخل في نفي الولد بلا لعان [1] .

ولا تملك المحكمة تقدير الموضوع وقبول وعدم قبول نفي الولد ، ولكن متى ثبت ما نفى به الزوج ثبوتًا شرعيًا وجب الحكم برفض دعوى البنوة ، وهو نفي الولد عن الزوج وتفصيل ذلك :

استحالة المعاشرة : استحالة المعاشرة قد تكون لمانع شرعي من لحوق الولد بالزوج كما إذا أتت بولد لأقل من ستة أشهر من العقد ؛ فينتفي نسب الولد بدون لعان لعلوقه في رحم أمه قبل الزواج ، وقد تكون استحالة المعاشرة لبعد المسافة وعلم بقاء كل من الزوجين في مكانه كمغربي ومشرقية لم يتقابلا ، وتعاقدا على الزواج بوكيلين ، ثم ادعت الحمل أو الوضع ، وعلم به فنفاه ينتفي عنه النسب بلا لعان لوجود المانع الحسي ، أو كان المانع حبس حريته كالمسجون الذي لا يمكن مقابلته إطلاقًا ، أو كان المانع طبيعيًا كصبي لم يبلغ الحلم ، أو كان الزوج مجبوبًا (مقطوع الذكر والأنثيين) أو خصيًا ، أو مقطوع البيضة اليسرى ، أو أجريت له

---

(1) الذين أوجبوا اللعان في وقت الحمل من المالكية اتفقوا على أن له نفيه في وقت العصمة ، واختلفوا في نفيه بعد الطلاق ، فذهب مالك إلى أن له ذلك في جميع المدة التي يلحق الولد فيها بالفراش . بداية المجتهد 181/2 الكافي لابن عبد البر ص 289 إرشاد المالك ص 75 .

عملية في المسالك البولية استأصلت ما يأتي منه الحيوان المنوي ، أو كان الزوج عنينًا (صغير الذكر) لا يتأتى به جماع ففي كل هذه المواضع يجوز للزوج أن ينفي عن نفسه نسب الحمل أو الولد من غير لعان .

وأما الزوج الذي حصل له عارض لا يأتي معه الوقاع بأن كان (مرخيًّا) فله نفي الولد والحمل عنه بلعان ؛ لأن هذا أمر مشكوك فيه فعلى الزوج تأكيده بأيمانه . وشرط اللعان والنفي التعجيل متى علم إلا لعذر قهري ، فإن أخر اللعان أو نفي الحمل أو الولد بلا عذر اليوم واليومين سقط حقه وامتنع لعانه .

وشرطه أيضًا عدم الوطء لها مطلقًا في الحمل وفي الولادة وفي الرؤيا ، فإن وطئها بعد علمه بحمل من غيره أو بوضع أو رؤية بالزنا أو أخَّر لعانها ولو يومًا بدون عذر بعد علمه بالحمل أو الوضع امتنع لعانه ولحق به الولد ، والمانع في رؤى الزنا الوطء فقط لا التأخير [1] .

ولا فرق في اللعان بين كون المرأة في العصمة ، أو مطلقة بائنًا ، أو رجعيًّا في العدة ، أو أخرجت منها ، أو ميتة ولا بين أن يكون الولد المنفي نسبه حيًّا أو ميتًا [2] .

فإن علم الزوج وسكت رضاء به ، أو قبل التهنئة به ، أو بلغ عن ولادته لإثباته رسميًّا امتنع لعانه ولحق به الولد .

بند [207] القانون الفرنسي

نفي البنوة يتعلق بالزوج أصالة ، فليس للدائنين نفي أبوة الولد نيابة عن مدينهم ،

---

(1) جاء في الخرشي 125/4 أنه إذا لاعنها بسبب رؤية الزنا وما في معناه من العلم فإنه ينتفي عنه بذلك ما ولدته من ولد كامل لستة أشهر فصاعدا من يوم الرؤية ، وتعدّ كأنها غير بريئة الرحم يوم اللعان ، وإن أتت بولد غير سقط لدون ستة أشهر لحق به ؛ لأن لعانه إنما كان لرؤية الزنا لا لنفي الولد ، وهذا هو قول ابن القاسم فيما يأتي ويلحق إن ظهر يومها لأن المراد بظهوره وضعه لدون ستة أشهر إلا أن يدعي الاستبراء .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 461/2 أن للزوج أن يلاعن في نفي الحمل مطلقًا كانت المرأة في العصمة ، أو مطلقة ، خرجت من العدة أو لا ، كانت حية أو ميتة ، فلا يتقيد اللعان لنفي الحمل بزمان ، إلا إن تجاوز أقصى أمد الحمل من يوم الطلاق أو ترك الوطء فينتفي عنه بلا لعان لعدم لحوقه به . وجاء في الخرشي 128/4 كذلك أن اللعان لنفي الحمل لا يتقيد زمنه بكون المرأة في العصمة أو مطلقة ، كان الطلاق بائنًا أو رجعيًّا خرجت من العدة أو لا كانت حية أو ميتة ، اللّهم إلا إن تجاوز أقصى أمد الحمل فإن الولد لا يلحق به حينئذ .

ولكن يجوز للورثة ادعاء هذه الدعوى في حالتين [1] :

1 – متى كان الزوج قد رفع الدعوى قبل وفاته بشرط أن لا يكون هناك دليل قاطع في ترك الدعوى (كما إذا ترك دعواه ثلاث سنين بدون رفعها) .

2 – في حالة ولادة الولد بعد وفاة الزوج ؛ لأن النفي يكون للولد لا للحمل ، وفي هذه الحالة يكون الحق ماليًّا صرفًا لحرمانه من ميراث المتوفى فيجوز لدائني الورثة رفع الدعوى باسمهم إذا أهملوا .

ومدة رفع الدعوى لنفي الأبوة تختلف كما يأتي :

أولًا – إذا كان في مكان الولادة ، ولم يخف عنه أمرها فله شهر واحد من تاريخ الولادة .

ثانيًا – إذا كان غائبًا عن محل الولادة ، ولم يخف عليه أمرها فله شهران من تاريخ عودته .

ثالثًا – إذا أخفى عنه ولادة الطفل فله شهران من تاريخ اكتشاف أمر الولادة .
والمدة بالنسبة للورثة شهران من تاريخ ملكية الطفل إلى الميراث أو من يوم زعزعة ملكيتهم بميراثه ، ويمكن للزوج والورثة زيادة شهر أيضًا متى أرسلوا إنذارًا للطفل بإنكار الأبوة وأنهم سيرفعون للمحكمة ، وبهذا يكون لهم زيادة شهر على المدة المذكورة (في مدة رفع الدعوى) .

وبما أن دعوى نفي الأبوة تهم أم الطفل أولًا وبالذات فيجب حضورها فيها وإعلانها ، وبما أن دعوى الإنكار ترفع ضد الطفل شخصيًّا ، وهو قاصر ، فيجب تعيين من يمثله كوصي يعينه مجلس العائلة أو المحكمة .

بند [208] التشريع الإسلامي

الزوج هو الذي يلحق به النسب فهو الذي يقدر إن كان هذا النسب حقًّا أو فيه ريبة فمتى رأى أنه ليس منه وأن نسبته إليه ظلم فله أن يلاعن أم الصغير (زوجته) أو

---

(1) انظر : بند 317 وبند 318 ، في الفصل الأول ، من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 73 .

ينفيه حسب الأحوال المتقدمة ، فالزوج هو صاحب الحق في اللعان ونفي النسب [1] .

فلو أنكر الأب أبوته لطفل في دعوى الأبوة ، ثم مات الأب حل الورثة محله في الدعوى [2] ؛ لأنهم ورثة في جميع حقوقه مالم يتنازل عن حقه في الدفع بإنكار الولد وإلا فلا حق للورثة في نفي ما قبله مورثهم .

فإن ولد الطفل بعد موت زوج أم الطفل ، وكان من الحالات التي يصح نفي الولد فيها بلا لعان ، وكان الزوج لا يعلم بذلك أو علم ومات قبل أن يتمكن من الإشهاد على النفي جاز للورثة إنكار بنوة الولد المذكور ، وعليه إثبات أنه ولد شرعي [3] . والقواعد الشرعية مرسومة معروفة ، فإن أثبت فبها وإلا رفضت دعواه البنوة وحُقَّ للورثة افتراضه عدمًا فإن أثبت أمومته فهو أخ أولادها لأمهم .

ومدة رفع الأمر للقضاء للملاعنة ونفي الولادة قدر باليوم واليومين من تاريخه وتمكنه عرفًا من ذلك ، وبالنسبة للولد في رفع الأمر لإثبات بنوته لم يحدد لها موعد لأنها من الأمور الشخصية المتعلقة بالنسب ففي أي حال وأي وقت يطلب إثبات بنوته .

إن دعوى اللعان التي يترتب عليها نفي نسب الطفل توجه ضد الزوجة فهي المدعى عليها وهي الملزمة شرعًا إما بالملاعنة أو الحد ، وفي كلتا الحالتين ينتفي نسب الولد فالولد ليس طرفًا في الدعوى مباشرًا ، ولكن ينجر حكم خطأ أمه على نسبه حيث خانت حق الأمانة في عرضها .

وأما النفي بلا لعان فهو موجه للولد نفسه ، وهو لا يكون من الأب إلا في دعوى الولد لإثبات بنوته ، ومع ذلك يصح للأب أن يشهد بنفي نسب ولده عنه أمام القاضي أو جماعة المسلمين مع ذكر السبب في ذلك ، والطفل قاصر عن الخصومة له أو عليه فيجب تعيين وصي خصومة إن احتاج الأمر لذلك .

---

(1) يعلل ابن رشد لشرع اللعان بأنه لما كان الفراش واجبا للحوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساده . وتلك الطريق اللعان . بداية المجتهد ج 2 ص 115 القوانين الفقهية ص 192 ولا يلاعن سوى الزوج ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني 161/4 .

(2) قاعدة : لو أنكر الأب أبوته لطفل في دعوى الأبوة ثم مات الأب حل الورثة محله في الدعوى .

(3) يقول ابن جزي : أما الملاعن والملاعنة فهما الزوجان العاقلان البالغان سواء كانا حريين أو مملوكين عدلين أو فاسقين . القوانين الفقهية ص 268 .

بند [209] القانون الفرنسي

نتائج دعوى إنكار الأبوة : متى نجحت دعوى إنكار الأبوة وحكم فيها ينتج أمران :

أولًا – حرمان الولد من التمتع بشرعيته ومن كل علاقة الأبوة مع زوج أمه .

ثانيًا – توجد البنوة الطبيعية لهذا الولد بالنسبة للأم .

وللحكم الذي يصدر بنفي الأبوة أو برفض الدعوى قوة الشيء المحكوم فيه قِبَل الجميع [1] .

بند [210] التشريع الإسلامي

متى نفى الزوج نسب الولد الذي أرادت أمه إلحاقه به في المواضع التي يجوز له فيها نفيه بلا لعان ، ومتى تم اللعان بين الزوجين أو نكلت الزوجة وحُدَّت أو لم تحد ، وحكم القاضي بالتفريق وبنفي نسب الولد حرم الولد من نسبته إلى من نفاه ، وقطعت كل علاقة بين الولد وبين من نفاه ، وأصبح الولد منسوبًا لأمه يرثها وترثه . ونسبته لأولادها أخ لأم . والحكم الذي يصدر بنفي نسب الولد أو بإثباته يحوز قوة الشيء المقضي فيه يعارض به الكافة [2] .

بند [211] القانون الفرنسي

ثالثًا – دعوى إثبات البنوة (صفة الشخص) : وهي الدعوى التي يرفعها الولد أمام المحاكم لإثبات بنوته الشرعية قِبَلَ شخص معين .

أحوال إثبات البنوة : يصح ادعاء هذه الدعوى للطفل الذي ليس له شهادة ميلاد ، وليس عنده أحوال الطفل الشرعي ، أو الذي له شهادة ميلاد دون أحوال الطفل الشرعي ، أو الذي عنده أمران معًا فقط مختلفان .

---

(1) انظر : البنود من 312 إلى 318 ، في الفصل الأول من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 72 ، 73 .

(2) بلعان الرؤية أي لنفي الحد عنها .

1 – مذهب الجمهور أن الفرقة تقع باللعان لما اشتهر من ذلك في أحاديث اللعان ، وأن رسول اللّه ﷺ فرق بينهما وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتلاعنين ولقوله ﷺ : [لا سبيل لك عليها] . بداية المجتهد ج 2 ص 121 . وراجع في لحوق ولد الملاعنة بأمه وإرثه لها تنوير الحوالك ج 2 ص 25 وحاشية الرهوني ج 4 ص 161 وما بعدها .

هذه الدعوى تتعلق بالطفل فقط فلا يجوز لدائنيه رفعها إذا أهملها فهي حق شخصي له ، ولا يجوز لورثته مباشرة الدعوى أو رفعها إلا في حالتين :

1 - أن تكون مرفوعة من قبل وفاته فيتمون القضية .

2 - أو مات الطفل وهو قاصر أو بعد بلوغه سن الرشد بخمس سنوات .

مدة رفع هذه الدعوى : تبقى الدعوى بين يدي الطفل بدون سقوط ، وبالنسبة للورثة إذا كان لهم هذا الحق تبقى 30 سنة كالحق العام .

وينتج هذا الحق عن عمل معاقب عليه كخطأ الموظف المختص في إثبات الولادة أو تبليغ الشهود ، فينتج دعويان : مدنية وهي حق الطفل ، وجنائية وهي حق الهيئة العام ، ويتبع الحق العام الحق المدني ، فإذا لم يرفع الطفل دعواه فليس للنيابة الحق في رفع الدعوى العمومية ، كما يجب أولًا الحكم في المدني [1] .

بند [212] التشريع الإسلامي

دعوى إثبات البنوة من الولد هي دعوى إثبات الأبوة من الولد أيضًا ، وقد تقدم أحكام ذلك فلا معنى للتكرار ، وهذه الدعوى لا تحتاج إلى أسباب إلا عدم الاعتراف من الأب ببنوة هذا الطفل أو أنه ليس أبا له فقط فلا داعي لوجود شهادة ميلاد أو عدم وجودها ولا أن الطفل يملك أحوال الطفل الشرعي أم لا . وتقدم أن حق الطفل في إثبات أبوته له من شخص آخر أو بنوته له لا تسقط أصلًا ، فادعاء الأبوة أو البنوة يكون عادة نتيجة إنكار من المدعى عليه لهذه الصفة .

بند [213] البنوة الطبيعية

القانون الفرنسي : البنوة الطبيعية ، هي العلاقة التي بين ولد وأبويه حينما كانا مجتمعين بغير زواج سواء أكان في وقت العلوق أم في وقت الولادة أم في وقت الحمل [2] .

---

(1) انظر : البنود من 319 إلى 330 في الباب الثاني ، من الكتاب السابع من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 74 : 76 .

(2) انظر : البنود من 331 إلى 333 . في الفصل الأول من الباب الثالث ، من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثالث ص 76 .

البنوة الطبيعية تكون من زنى حينما يكون الولد ثمرة نكاح من شخص متزوج بآخر في وقت علوقه .

البنوة الطبيعية تسمى من سفاح الأقارب إذا كان بين الزوجين علاقة قرابة أو مصاهرة تمنع الزواج .

البنوة الطبيعية البسيطة هي أن يوجد الولد من زنى أبوين ليسا متزوجين مع آخرين وقت علوق الطفل ، وليس بينهما قرابة أو مصاهرة تمنع من زواجهما .

بند [214] التشريع الإسلامي

البنوة إما بنوة شرعية ، وهي التي ترتب عليها أحكامها من ميراث ، وحِلّ ، وحرمة ، ووجوب إنفاق ، وتعليم إلخ . وبنوة غير شرعية ، وهي عدم مهدر غير مرتب عليها أي حق إطلاقًا ، حفظًا للعقود الشرعية الصحيحة ، وصيانة للعلاقات القانونية بين أفراد المجتمع ، وإهدارًا لعمل خرج في وجوده وثمرته عن نظم شرعت لمصلحة الجماعة ؛ فلو رتب المشرع أحكامًا للولد الطبيعي لأصبح الناس فوضى كالدواب ، فإن المرأة التي تبيح لنفسها معاشرة رجل بلا عقد قانوني تترتب عليه آثاره تبيح لنفسها أيضًا أن تشرك مع الذي عاشرته آخر مثله ، وهكذا فلا يمكن مع هذا احترام الأنساب ولا بناء مجتمع لا فوضى في أخلاقه ولا شك في أنسابه ، فمتيٍ علم المتعاشران أن ما ينتج عن عشرتهما أو علاقتهما غير القانونية يكون هَدْرًا فكرا في تنظيم علاقاتهما طبقًا للقواعد الشرعية المقررة ، أما أننا نتمشى مع العواطف في أن الطفل الطبيعي بريء لم يرتكب ذنبًا ، ثم نرتب له حقوقًا جزاء مخالفة الأوامر الإلهية فهذا ما لا يوافق عقلًا ، فمتى نهاك المشرع عن شيء ثم حذرك العاقبة فخالفت فيجب أن تتحمل نتيجة عملك ، ولا يقضى هذا بالبحث عن تصحيح عمل ارتكبته مخالفًا للمشرع ، فذنب إهدار نسب هذا البريء واقع على من تسببًا في وجوده فليلحقهما العار مدة الدهر ، وليحملا وزره إلى يوم القيامة فيحقق الناس العقود القانونية بينهما ، ويفرون من الفوضى إلى النظام .

غير أن المشرع الحكيم مع هذا رغب كثيرًا في استلحاق النسب ليخفي العار متى لم يمنع من ذلك مانع فمتى استلحقه أصبح شرعيًا بمعنى الكلمة ؛ فلا ولد

طبيعي إذًا [1] .

بند [215] القانون الفرنسي

الطريق الطبيعي لتحقيق البنوة الطبيعية هي الاعتراف الاختياري من الأبوين ببنوة الولد ، فإذا لم يتم ذلك سعى الولد للبحث عن بنوته قضاء ، وهو الاعتراف الجبري ، فللولد دعويان :

1 - البحث عن أبوته . 2 - البحث عن أمومته .

أولًا - الاعتراف الاختياري : الاعتراف بولد طبيعي هو أن يشهد شخص باعترافه صراحة لصالح وَلد وُلد خارج الزواج بأبوته أو أمومته لهذا الولد [2] .

صفات الاعتراف الأساسية هي :

1 - هذا إشهاد علني فيجب أن يكون رسميًا ، فالأوراق العرفية لا تفيد إلا كدليل في الإثبات أمام القضاء .

2 - هذا إشهاد يصدر من جانب واحد ، فقبول الولد أو عدمه لا يفيد شيئًا .

3 - هذا إشهاد اعترافي لأنه اعتراف بأبوة أو أمومة .

4 - هذا إشهاد لا رجعة فيه ، فمتى تم لا يجوز الرجوع فيه إلا إذا كان ضد الحقيقة .

يصح أن يكون الاعتراف (هذا الإشهاد) أمام الموظف المختص بالأحوال الشخصية ، أو أمام مسجل العقود المدنية ، أو أمام قاضي الصلح ، أو أمام المحكمة .

إذا لم تراع شروط الاعتراف المطلوبة قانونًا فالاعتراف يكون باطلًا أو غير موجود . هذا الاعتراف (الإشهاد) بالبنوة أو الأمومة حق شخصي للأب وللأم فقط ؛ فليس للموصي أو القيم أو الدائن أو الورثة مباشرته مطلقًا ولا الزوج نيابة

---

(1) إن أكذب الملاعن نفسه قبل أن يتم التعان المرأة جلد الحد ، ولحق به الولد ، وبقيت زوجته بحالها . ومن مات منهما قبل أن يتم التعانهما توارث . الكافي ص 290 وبداية المجتهد ج 2 ص 115 والقوانين الفقهية 268 وما بعدها .

(2) انظر : البنود من 344 إلى 342 ، في الفصل الثاني من الباب الثالث ، من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 78 ، 79 .

عن زوجته ولا العكس إذا اعترف الأب بأبوته لولد فليس بلازم ذكر أمه ، فإن ذكرها فلا يكون دليلًا على اعترافها .

الأهلية المطلوبة في المعترف : لا يشترط فيه أي شرط خاص إلا أنه يمكنه عمل أي عقد بتعقل . فالقاصر والذي لم يبلغ رشده والمحجور عليه قضائيًا والمرأة المتزوجة يمكنهم الإشهاد على الاعتراف بالبنوة أو الأمومة بدون حضور أحد معهم أو إذن أحد لهم .

الاعتراف بالبنوة أو الأمومة ليس له زمن محدود فيصح مدة الحمل وبعد الوضع حتى وبعد الوفاة ، ويمكن معارضة هذا الاعتراف من كل من له مصلحة ، وعليه تقديم كل أدلة على صحة دعواه وهم : (المشهد بالأبوة أو الأمومة - الولد المعترف به - الأب والأم الحقيقيون للولد المعترف به - أقارب المشهد - المشهد الثاني للولد الذي اعترف به قبله آخر .

بند [216] التشريع الإسلامي

الظاهر من هذا التفصيل في البنوة الطبيعية أنه يريد ما يسمى في التشريع الإسلامي (الاستلحاق) [1] ، وهو إقرار ذكر مكلف (بالغ عاقل مختار) أنه أب لمجهول نسبه [2] . وهو ما يسميه التشريع الوضعي بأنه الطريق الطبيعي لتحقيق البنوة الطبيعية ، وهو الاعتراف الاختياري من الأبوين ببنوة الولد . وعلى هذا فشروط الاستلحاق أو الإقرار بأبوة مجهول النسب شرعًا هي :

أولًا - يجب في المقر بالنسب (أبوّة) أن يكون ذكرًا لأن الاستلحاق يكون حيث لا يمكن إقامة البينة [3] على فعل مشاهد وهو مقبول من جانب الذكر ؛ فإن استلحقت المرأة طفلًا لقيطًا فلا يصح لأنها يمكنها إقامة البينة على الحمل والولادة

---

(1) يعرف الدردير الاستلحاق بأنه في العرف إقرار ذكر بالغ عاقل لا أنثى ، فلا استلحاق لأم أو لمجنون . والمكره كالصبي ، ولو كذبته أمه إن لم يكذبه عقل لصغره . راجع ذلك في الشرح الصغير ج 3 ص 219 وما بعدها والمدونة الكبرى ج 2 ص 362 ، 363 .

(2) قاعدة : الاستلحاق هو إقرار ذكر مكلف بالغ عاقل مختار أنه أب لمجهول نسبه .

(3) قاعدة : الاستلحاق يكون حيث لا يمكن إقامة البينة على فعل مشاهد .

بالمشاهدة سواء أكانت خلية أم متزوجة ؛ فلا استلحاق لأم [1] اتفاقًا [2] .

ثانيًا – يجب أن يكون المقر مكلفًا شرعًا ولو سفيهًا ؛ فلا يصح الاستلحاق من مجنون ولا من مكره ولا من صبي ومن في حكمه (كالخصي أو المجبوب) [3] .

ثالثًا – يجب أن يكون الولد المستلحق مجهول النسب ، فإن كان معلوم النسب فلا يصح استلحاقه وكذا مقطوع النسب كولد الزنا المعلوم أنه من الزنا أو كان منفيًّا بلعان عن فراش نكاح صحيح فلا يصح استلحاقه [4] .

رابعًا – أن لا يكذب المستلحق عقل ككبر سن المستلحق عن المستلحق أو عادة كبعد بينهما تحيل العادة بنوته لمثله أو الشرعُ كاستلحاق ولد جارية الغير الذي كذبه سيده [5] .

خامسًا – أن يصدقه المستحلق المكلف فإن كان صبيًّا أو مجنونًا أو ميتًا فلا داعي لتصديقهم ؛ فلو كذبته أم المستلحَق لم يعتبر لتشوف الشرع للحوق الأنساب . فإن كذب المستلحَق المستلحق وكان مكلفًا شرعًا أقام المدعي (المستلحِق) بينته وإلا حلف المدعى عليه فإن نكل ثبت نسبه [6] .

---

(1) قاعدة : يجب في المقر بالنسب أن يكون ذكرًا فلا استلحاق لأم اتفاقًا .

(2) جاء في الخرشي 110/6 وما بعدها : إنما يستلحق الأب مجهول النسب ، وهو من خصائص الأب فغيره لا يصح استلحاقه كالأم اتفاقًا .

(3) من شروط المقر له في الاستلحاق أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون ، أو يصدق المقر إن كان ذا قول ، وهو المكلف . فإن كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه ، حتى لو كبر وعقل فأنكر لم يسمع إنكاره ، لأن نسبه ثابت . وجرى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر استمر ذلك ولو طلب إحلافه على ذلك لم يستحلف ، لأن الأب لو عاد في إقراره بالنسب لم يقبل منه . المغني 200/5 .

(4) إنما يصح استلحاق الأب ولدًا مجهول النسب أما من كان نسبه معلومًا فلا يصح استلحاقه . وكان عمر ينيط أولاد الجاهلية بمن استلحقهم إذا لم يكن هناك فراش لأن أكثر فعل الجاهلية كان كذلك ، وأما بعد الإسلام فلا يلحق ولد الزنا بمدعيه عند أحد من العلماء ، كان هناك فراش أم لا .... مواهب الجليل 240/5 ، 241 . والذي يترتب على اللعان ستة أحكام ، منها قطع النسب ... مواهب الجليل 138/4 ، 139 .

(5) جاء في الخرشي 101/6 أن شرط صحة الاستلحاق أن لا يكذبه العقل أو العادة فإن كذبه العقل أو العادة فإنه لا يصح استلحاقه . مثال الأول أن يستلحق الصغير الكبير أو علم أنه لم يقع منه نكاح ولا تسر أبدًا حيث فرض العلم بذلك ومثال الثاني أن يستلحق من ولد ببلد بعيد يعلم أنه لم يدخله .

(6) جاء في الخرشي 101/6 أن شرط صحة الاستلحاق أن لا يكون المستلحق بفتح الحاء رقًّا لمن يكذب المستلحق بكسرها أما إن كان رقًّا لمن يكذبه فإنه لا يصح استلحاقه لأنه يتهم على إخراج الرقبة من الرق .

فمتى وجدت هذه الشروط صح الاستلحاق وأصبح الولد شرعيًا بلا فارق إطلاقًا بينه وبين بقية أولاده . وهذا الاستلحاق كما يصح أن يكون بإشهاد رسمي يصح أن يكون أمام شهود أو بمكتوب عادي لا شك فيه . وهو من جانب واحد إلا إذا كان المقر به (المستلحِق) مكلفًا شرعًا ، وعدم تصديقه بل وتكذيبه يحتاج إذًا لحكم حاكم يقطع النزاع ، وأما الصبي أو المجنون فلا فائدة في تصديقهم أو تكذيبهم .

والاستلحاق لا يصح الرجوع فيه متى وقع صحيحًا مستوفيًا شروطه [1] ، والاستلحاق حق خاص بالرجل فليس للمرأة ولا للوصي أو القيم أو الورثة الاعتراف بالبنوة لرجل إطلاقًا .

وللورثة كلًّا أو بعضًا الاعتراف بالإخوة ، ولكن ليس هذا استلحاقًا شرعًا فهو مجرد إقرار متى كان صحيحًا يعامل به المقر فقط ؛ فينقص نصيب المقر على فرض أن المقربه قريب حسب اعترافه ليأخذه المعترِف له ، ولا يتعدى الإقرار إلى غير المقر من الورثة .

وليس للاستلحاق زمن معين محدود فيصح استلحاق الطفل في أي وقت ولو بعد وفاته ، ولما كان الاستلحاق بعد الوفاة مظنة الطمع في الميراث فنص المشرع على أن المستلحِق يرث المستلحَق إن كان له وارث أو كان مال التركة قليلًا ، فإن لم يكن له وارث فلا يرثه متى كثر المال ؛ لأنه متهم في الاستلحاق ، فإن قل المال ورثه .

فلو أقر بولد واستلحقه به ، ثم أنكر أبوته ومات الولد فلا يرثه المقر ؛ لأنه كذب نفسه [2] فتوقف التركة ، فإن مات الأب ورث ورثته المالين مال الأب ومال المقر به لأن إنكار الأب لا يقطع حقهم ، ولغرماء الأب قضاء ديونهم من هذا المال حال حياته ، ويقضى منه دينه بعد وفاته ، وإن مات الأب المقر بالبنوة ورثه الولد المقر له ، ولا يضره إنكار أبيه بعد استلحاق حيث لا يصح الرجوع في الاستلحاق أصلًا .

ولما كان شأن النسب خطيرًا ، وكان حفظه من ألزم الواجبات كان الخلط فيه حرامًا قطعًا ومنكرًا يجب إزالته ، فمن نسب نفسه إلى غير ما عرف به فقد قذف أمه فيحد ، ومن نسب ولدًا لغير أبيه تصريحًا أو تلويحًا فإنه يحد أيضًا ، فلكل من يعرف أن شرطًا من شروط الاستلحاق المارة لم يتحقق أو أن نسب الولد المستلحق

---

(1) قاعدة : الاستلحاق لا يصح الرجوع فيه متى وقع صحيحًا مستوفيًا شروطه .

(2) قاعدة : لو أقر المستلحِق بولد واستلحقه ثم أنكر أبوته ومات الولد فلا يرثه المقر لأنه كذب نفسه .

معروف أن يرفع الأمر للحاكم حسبة وكذا كل من لحقه ضرر حقيقي من ورثة أو غيرهم أن يبينوا الحقيقة التي تخالف الاستلحاق وتبطله .

بند [217] القانون الفرنسي

البحث عن الأبوة الطبيعية : وهي الدعوى التي يرفعها ولد طبيعي يريد بها إثبات أن هذا الشخص أبوه في القضاء [1] .

وقد كان ذلك ممنوعًا أولًا ثم أبيح بقانون سنة 1912 في الأحوال الآتية .

أولًا – حال الخطف أو هتك العرض بشرط أن يكون علوق الولد في الرحم في هذه المدة .

ثانيًا – حالة الخداع بشرط أن تكون مصاحبة لغش أو إفراط في استعمال السلطة أو وعد بالزواج أو خطوبة ، وبشرط عدم إثباته بالشهود إلا إذا كان هناك شبه دليل كتابي .

ثالثًا – حالة الاعتراف من المدعى عليه الأبوة في جواب أو أي شيء آخر يدل على هذا .

رابعًا – حالة المعاشرة غير الشرعية بشرط أن تكون المعاشرة بين الأم والأب المدعي عليه ظاهرة وبشرط وجود الطفل مدة زمن المعاشرة .

خامسًا – حالة التعهد بالنفقة والتعليم ، إذا تعهد المدعى عليه الأبوة بنفقة وتعليم الطفل أو شارك في ذلك بوصف كونه أبًا افتراضًا يصح رفع الدعوى عليه بالأبوة والتقدير للمحكمة .

أسباب سقوط دعوى الأبوة ، البحث عن الأبوة يمكن استبعاده لسببين :

أولًا – متى كانت الأم غير شريفة في علاقاتها مع المدعى عليه الأبوة بأن كانت لها علاقات ظاهرة مع آخرين ، وأن هذه العلاقات الكثيرة في مدة العلوق بالولد .

ثانيًا – متى كانت المعاشرة مستحيلة جسمانيًّا فعلى المدعى عليه إثبات أنه كان

---

(1) انظر : البنود من 331 إلى 342 ، في الباب الثالث من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 76 : 78 .

غائبًا أو كان في حالة لا يمكن معها الوقاع لحادث أو لسبب آخر مدة الحمل بالولد المدعى به .

ويجوز للمدعى عليه تقديم أسباب مماثلة لهذين السببين ، والمحكمة تقدر موضوع دفاعه .

وهذا الحق في رفع الدعوى يتعلق بالولد من وقت بلوغه ، وقبل بلوغه تدعيه الأم ، ولو كانت قاصرًا ، فإن ماتت أو لم تعترف بالولد فترفع الدعوى بواسطة وصي الطفل الذي تعينه المحكمة لذلك ، ومدة رفع الدعوى في السنتين التاليتين للميلاد ، وله رفع الدعوى بعد مدة سنة .

ويمنع نشر شيء عن قضايا البحث عن الأبوة ، ويحكم على الطالب الذي يرفض طلبه من المحكمة المدنية متى ثبت سوء نيته ، ويعمل بقانون سنة 1912 المذكور في الحوادث السابقة عليه .

بند [218] التشريع الإسلامي

ليس في التشريع الإسلامي بحث عن الأبوة الطبيعية ؛ لأن البنوة إما شرعية يعني أن الولد ملحق بأبيه شرعًا ، وإما غير شرعية فهي بنوة زنى فهي هدر لا يقام لها وزن [1] .

فالدعوى التي يرفعها الولد مجهول النسب يريد بها إثبات بنوته من شخص معين أمام القضاء هي دعوى إثبات البنوة الشرعية . فالولد الذي علق من خاطف أمه أو هاتك عرضها أو ممن خدعها وغشها أو كانت تحت إمرته أو وعدها بالزواج ولد زنى ، ويحد الرجل حد الزنى ، ولا يلحق به الولد ؛ لأن نسبه مقطوع بفساده ، والقاعدة الشرعية (أن كل نكاح درأ الحد عن الفاعل يلحق الولدبه ، ويكون ولدًا شرعيًا) [2] فمن غلط أو أخطأ أو نسي أو تزوج ممنوعة الزواج منه جهلًا أو تخلف شرط من شروط الزواج وفسخ النكاح ووضعت الزوجة أو

(1) جاء في حاشية الدسوقي 412/3 أنه إنما يستلحق الأب ولدًا مجهول النسب ... أي مجهول الانتساب لأب معين ، ويستثنى منه اللقيط ، فإنه لا يصح استلحاقه إلا ببينة .

(2) قاعدة : كل نكاح درأ الحد عن الفاعل يلحق الولد به ويكون ولدًا شرعيًا .

المنكوحة في كل هذه الأحوال ولدًا فإنه يلحق بالفاعل ولا حد عليه .

وأما حالة الاعتراف بالولد من المدعى عليه بالبنوة فهي صحيحة متى استوفى الاعتراف شروطه ، وأما حالة المعاشرة المستترة التي لا تعلم بين الخاصة والعامة فإنها سفاح ، ومتى ظهر للملأ أنهما في حالة كالزوجين فإنه يصح استلحاق الولد أو الإقرار بأبوته له متى لم يقر أن الولد من زنى أو لم يكن مشهورًا معروفًا بأنه من سفاح لا من نكاح . وأما حالة التعهد بالتعليم والنفقة فلا تفيد شيئًا في حد ذاتها لجواز فعل الخير والشفقة .

ويصح إثبات الأبوة بالبينة الشرعية في حالة عدم الاعتراف وحالة المعاشرة وحالة التعهد بالتعليم بشروط عدم قطع نسب الولد أو شهرته بغير المدعى عليه أو كونه قادرًا على الإحبال أو اللقيا كما سبق في الاعتراف والاستلحاق .

وللمدعى عليه الدفع في دعوى النسب بأن أم المدعي تمتهن البغاء ، وهي غير حصينة ، وليست مقصورة عليه مدة العلوق ، وأن المعاشرة كانت مستحيلة عادة أو عرفًا أو شرعًا ، ومتى أثبت دفعه رفضت دعوى الأبوة كما سبق .

ولا تسقط دعوى الأبوة ويجوز لأم الصغير أو وصيه ادعاؤها كما يجوز للصغير بعد بلوغه ادعاؤها كذلك .

بند [219] البحث عن الأمومة

القانون الفرنسي : لم يقيد القانون البحث عن الأمومة بأي قيد كما قيده في الأبوة فيجوز البحث عن الأمومة بلا قيد ولا شرط [1] .

ويتعلق البحث عن الأمومة بالطفل نفسه فليس لأحد سواه أن يبحث عنها مطلقًا ، ولا يمكن لأحد أن يدعي عليه أنه ولد طبيعي ويثبت أمومته . دليل البنوة الطبيعية بالنسبة للأم : يجب إثبات أن الأم المدعى عليها وضعت ، ويجب تحقيق شخصية الطفل الذي وضعته بأنه هو . ولا يقبل دليل على ذلك إلا الشهود بشرط أن يكون هناك شبه دليل كتابي .

---

(1) انظر : البنود 341 ، 342 في الفصل الثاني من الباب الثالث ، من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 78 .

أولًا – ولا تقبل شهادة الميلاد ولا ملك صفات . الإنفاق والتعليم هنا كما قبلت في البنوة الشرعية .وشهادة الميلاد تدل فقط على أن الأم وضعت وهو ابتداء دليل كتابي .

الدور الذي يعلمه ملك الصفة بالنسبة لدليل البنوة الطبيعية ، النقط الآتية أساسية ومؤكدة .

1 – حينما يكون اسم الأم موضحًا في إشهاد اعتراف الأب بالبنوة ، فيكون ملك الصفة بالنسبة للأم اعترافًا ضمنيًا بالبنوة يوازي اعترافًا اختياريًا .

2 – حينما تكون معرفة الطفل تمت في إشهاد رسمي يمكن الطفل أخذ ملك الصفة دليلًا على تحقيق شخصيته مع الشخص الذي اعترف به .

3 – متى وجد عند الطفل ابتداء دليل كتابي يثبت ولادة أمه وتحقيق شخصيته فيمكن إقامة شهود على بنوته اعتمادًا على ملك الصفة .

بند [220] التشريع الإسلامي

البحث عن الأمومة كالبحث عن الأبوة سواء بسواء في أن كلًّا يثبت بالبينة الشرعية بالبنوة أو بالسماع الشائع من الثقاة وغيرهم بهذا النسب ، ولا يحتاج لشيء آخر . والقاعدة أن كل ما لا يظهر للرجال فتكفي في إثباته أو نفيه امرأتان عدلتان بلا يمين ، ويثبت النسب والإرث بشهادتهما له وعليه [1] . وأما إثبات النسب فلابد من عدلين ذكرين مستوفيين شروط الشهادة الشرعية .

فإن ادعى الولد نسبه من أب وأم معينين أقام دليلًا شرعيًا كما مر في أدلة إثبات النسب ، فإن صحت البينة حكم بلحوق نسبه بالمدعى عليهما شرعًا ، وإن صحت البينة في واحد منهما فقط حكم فيه ، فإن صحت بالنسبة للأم حكم بأمومته فترثه ويرثها ، ويكون أخًا لأولادها من الأم [2] .

---

(1) قاعدة : كل ما لا يظهر للرجال فتكفي في إثباته أو نفيه امرأتان عدلتان بلا يمين ويثبت النسب والإرث بشهادتهما له وعليه .

(2) راجع الشرح الصغير ج 3 ص 219 ، 220 مواهب الجليل ج 5 ص 244 ، 245 .

بند [221] القانون الفرنسي

نتائج المعرفة الاختيارية أو الجبرية [1] :

النتائج المترتبة على الاعتراف بالولد اختيارًا أو جبرًا واحدة ، وهي بالإجمال :

1 - حق متقابل في الميراث بين الولد الطبيعي ووالديه وبالعكس .

2 - حق متقابل في النفقات بين الولد الطبيعي ووالديه وبالعكس .

3 - تحديد قدرة الولد الطبيعي المعترف به في ترتيب وقبول أي عطاء بدون ثمن ، بمعنى أن الطفل لا يمكنه أن يقبل من أقاربه لا في عطاء ولا في وصية أزيد من نصيبه القانوني .

يلاحظ أن الاعتراف بالولد الطبيعي يرجع أثره إلى وقت علوقه فتترتب عليه آثاره فهو إظهار لموجود لا إيجاد لمعدوم .

وقد استثنى القانون (م 337) حالة واحدة لا يرجع الاعتراف فيها إلى الماضي ، وهي أن شخصًا ولد له ولد من غير زواج شرعي ، ثم تركه بدون اعتراف وتزوج من شخص آخر غير شريكه في الولد المذكور ، ثم اعترف به حالة زواجه بالشخص الآخر فلا يضر اعترافه الزوجة ولا الزوجَ ولا الأولادَ الشرعيين ؛ فنتج ما يأتي :

1 - عند وفاة المتسبب والمعترف بالولد الطبيعي لا يأتي الولد الطبيعي وارثًا مع الأولاد الشرعيين للمتوفى المذكور ، فإن لم يترك المتوفى أولادًا شرعيين ولا أقارب يرثونه قانونًا ، بل ترك زوجه والولد الطبيعي حاز الزوج كل الميراث ، وليس للولد الطبيعي شيء .

2 - الولد الطبيعي المعترف به قبل الزواج له الحق في معارضة أحد الزوجين الباقي بعد وفاة الآخر فيما خصه به المتوفى من هبة أو وصية بنقصها إلى الحد المقرر قانونًا ، وأما الولد المعترف به بعد الزواج فليس له هذا الحق .

3 - ليس للولد المعترف به بعد الزواج طلب نفقة ممن اعترف به ؛ لأن هذا يضر بالزوج الآخر وبالأولاد الشرعيين .

---

(1) انظر : البنود 333 وبند 336 إلى بند 339 ، في الباب الثالث من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 76 ، 77 .

نتائج الاعتراف ببنوة الولد الطبيعي كنص المادة 337 .

1 – الولد الطبيعي المعترف به يحمل اسم الشخص الذي اعترف به ، ويخضع للسلطة الأبوية .

2 – يمكنه أن يتلقى هبة أو عطية في وصية ممن اعترف به .

3 – يمكن الولد الطبيعي استعمال الحقوق المقررة قانونًا ضد إخوته من زواج سابق أو من زواج لاحق .

وهذه النتائج يعمل بها في حالتي الاعتراف الاختياري والإجباري .

بند [222] التشريع الإسلامي

نتائج الحكم بالبنوة أو الاستلحاق المستكمل لشروطه : متى ثبتت بنوة الولد مجهول النسب بالاستلحاق أو بحكم القاضي أصبح الولد شرعيًا من جميع الوجوه فيتوارثان الولد ومن ثبت نسبه منه ، ويجب الإنفاق والتعليم على الوالد القادر وبالعكس ، وتصح الهبة له دون الوصية لأنه (لا وصية لوارث) [1] .

ولحوق نسب الولد يرجع إلى الماضي ؛ فهو إظهار لحالة خفيت لا إيجاد لها بدون استثناء بين هذا الولد وبين إخوته السابقين واللاحقين لاعتراض الزوجة ولا غيرها ؛ لأن هذا حق الزوج وحده .

وعند وفاة المستلحِق يأتي الولد المستلحَق للميراث على قدم المساواة بين إخوته من أي زوجة ، وله الحق في الاعتراض على الوصية للزوجة السابقة واللاحقة ، لأنه (لا وصية لوارث) فهو ولد شرعي من جميع الوجوه .

ولوالده عليه الحقوق الأبوية كما للولد على أبويه حقوق البنوة من جميع الوجوه [2] .

---

(1) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الوصايا باب (لا وصية لوارث جـ 4 ص 6 والنَّسائي في السنن كتاب الوصايا باب 5 ، وأخرجه الترمذي في السنن رقم 2120 ، 2122 ، وأحمد في مسنده 186/4 ، والبيهقي في السنن الكبرى 85/6 ، وابن ماجه رقم 2713 .

(2) يقول المواق عن المستلحِق إنه إن كان ترك ولدا أو ولد ولد ذكرًا أو أنثى صُدِّق ، ولحق به ، وورث نصيبه مع بنيه أو بناته ، التاج والإكليل ج 5 ص 242 ومواهب الجليل ج 5 ص 242 ، 243 .

بند [223] القانون الفرنسي

قواعد خاصة بولد الزنى وبالولد الناتج عن مضاجعة الأقارب المحرمين : القانون يمنع بتاتًا الاعتراف ببنوة الولد المولود لرجل متزوج من امرأة أخرى أو المولود من مضاجعة قرابته المحرمة عليه قانونًا سواء أكان الاعتراف اختياريًّا أم إجباريًّا ، وذلك منعًا لفضيحة العار التي تنتج من ذلك . وينتج عن ذلك :

أولًا – ممنوع منعًا باتًّا على أي موظف عمل إشهاد باعتراف شخص بولد ، يثبت منه أن البنوة نتجت من زنى رجل متزوج بامرأة أخرى ، أو نتجت من مضاجعة إحدى قريباته المحرمة عليه .

ثانيًا – المحاكم ممنوعة من تلقي طلب البحث عن بنوة أو أمومة يكون البحث موصلًا إلى بنوةٍ من زنى رجل متزوج بأخرى ، أو إلى أمومة كذلك .

ثالثًا – يكون باطلًا كل حكم أو إشهاد يحقق هذه البنوة لغش أو خطأ .

يبقى الولد كأن لم يعرفه أحد ، ولم يعترف به أحد ، لكن يمكن لأحد أبوي هذا الطفل الذي لم يكن متزوجًا بآخر وقت الحمل به أن يعترف به منفردًا ، وكذلك أحد الزوجين القريبين الممنوعين قانونًا من الزواج يمكن أحدهما فقط الاعتراف بالطفل بدون أن تظهر حقيقة وجوده [1] .

بند [224] التشريع الإسلامي

متى عرف الولد بأنه ولد زنى بأن كانت أمه لا ترد طعامًا أو كانت ملاعنة في زنى من زوجها ، وكان هذا الولد سببًا في اللعان فلا يجوز استلحاقه لأنه مقطوع النسب سواء أكان المستلحق متزوجًا بأخرى أو لا .

وأما الولد الناتج من مضاجعة الأقارب أو الممنوع زواجهم أو اجتماعهم في عصمة واحدة ، فإن كان الوقاع أو العقد للنكاح حصل لخطأ في الشخص أو بُني على أسباب تمنع حد الزنى فإن الولد يلحق بالزوج الذي أخطأ بدون جدال .

وولد الزنى هو الذي لا يستند وجوده لعقد زواج ولو كان فاسدًا أو لنكاح لم

---

(1) انظر : بنده 335 ، 342 في الفصل الثاني ، من الباب الثالث ، من الكتاب السابع من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 77 ، 78 .

يدرأ الحد سواء أكان الزوج متزوجًا بأخرى أم لا ، ولا علاقة بين وجود الولد من زنى وزواج فهو حقيقة قائمة بذاتها .

أما أن الزواج مانع من الاعتراف بالبنوة أو الأمومة في القوانين الوضعية فذلك لأنه ممنوع تعدد الزوجات [1] .

بند [225] القانون الفرنسي

أحوال مستثناة من هذه القواعد (م 762 وما بعدها و م 958) تطبق في الأحوال الآتية ، وتثبت بنوة الزنى وولد الأقارب وهي :

1 - حكمٌ قَبْل إثبات البنوة المذكورة خطأ وأصبح نهائيًا بمضي مدة الطعن فيه في جميع الدرجات .

2 - حكم تضمن إشهادًا بإنكار الزوج (ما عدا في حالة علوق الطفل قبل الزواج) هذا الحكم يحقق ثبوت ولد الزنا المنكور .

3 - حينما يكون الزواج ملغيًا لسبب جمع اثنتين في عصمة رجل واحد ، أو لأن الزواج وقع بين أقارب محرمة قانونًا ، فإن الأولاد الناتجة عن هذا الزواج لهم الحق في البنوة الخاصة بهم المنسوبة لحالتهم قانونًا [2] .

بند [226] التشريع الإسلامي

أولاد الزنى الذين ثبت قطع نسبهم إما لأنهم من سفاح لا من نكاح ، وإما لأنهم من زوجة خانت زوجها ولاعنها ونفي عنه الولد ، وإما لأنهم من وطء لا شبهة فيه تدرأ الحد ، لا يصح استلحاقهم ، فإن كان الولد ناتجًا عن زواج خامسة يجهل أنها خامسة أو عن محرمة من الجمع مع أخرى كزوجة وبنت أخيها يجهل ذلك أيضًا أو عن نكاح لبنت أخته مثلًا يجهل قرابتها له فإن الولد يلحق به ؛ لأنه وطء بشبهة .

---

(1) يقول ابن جزي : إذا التعن الزوج ... سقط حد القذف عنه وانتفى نسب الولد منه . القوانين الفقهية ص 269 .

(2) انظر : البنود من 762 إلى 764 ، في الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 170 .

نتيجة المقارنات من بند 191 إلى نهاية 224

يتفق التشريعان فيما يأتي : البنوة – نتائج البنوة (الميراث وموانع الزواج والحقوق المتقابلة بين الولد وأبيه – البنوة الشرعية – دليل شرعية الولد (في الجملة) – إثبات الأبوة – إنكار الأبوة ونتائجها – دعوى إثبات البنوة – البنوة الطبيعية (في الجملة) – البحث عن الأمومة – نتائج الاعتراف بالولد (في الجملة) .

ويختلف التشريعان فيما يأتي : أنواع البنوة – الولد السابق على الزواج – البحث عن الأبوة الطبيعية – سقوط دعوى الأبوة الطبيعية – وولد الزنا وولد المحارم – الاعتراف بالولد للمتزوج .

بند [227] التبني وأولاد الشعب

القانون الفرنسي – التبني : هو وضع خاص لغرض تكوين عائلة ، والحصول على متعة التبني التقليدية ممن لا ولد له ، ولا ينتظر عادة أن يكون له ولد .

التبني ثلاثة أقسام : التبني العادي – التبني الجزائي – التبني في الوصية .

الشروط المطلوبة في جميع أقسام التبني

المتبني يجب أن يحوز الشروط الآتية :

أولًا – يجب أن يكون المتبنيٌ قد جاوز الخمسين سنة .

ثانيًا – يجب أن يكون المتبنيٌ زائدًا في عمره 15 عامًا على الأقل على المتبنَّى .

ثالثًا – يجب أن لا يكون للمتبني أولادًا ولا أولاد أولاد شرعيين ، وأمَّا وجود أولاد طبيعيين أو متبنيَّيْن فلا يمنع التبني .

رابعًا – إذا كان المتبني متزوجًا وجب عليه الحصول على موافقة زوجه على التبني .

خامسًا – يجب أن يقوم المتبني بالعناية بالطفل أو مساعدته لمدة ست سنوات على الأقل في مدة (قصوره) صغر الطفل بدون انقطاع ، ويجب أن يتمتع المتبنيٌ بسمعة طيبة .

والشروط المطلوبة في الشخص المتبنَّى هي :

أولًا – الولد المتبنَّى يجب أن يكون بالغًا ، لأن التبني عقد بين طرفين حقيقة .

ثانيًا – الولد المتبنَّى يجب أن يكون غير متبنَّى من شخص آخر غير زوج هذا المتبني لاستحالة دعوى ولد لأبوين أو لأمَّين .

ثالثًا – يجب الحصول على رضا أب وأم الولد المراد تبنيه لغاية 25 سنة ، وبعدها يكفي إخبارهما بذلك رسميًا إن لم يقبلا .

ويجوز تبني الولد الطبيعي المعترف به من أبويه كما يجوز تبني غيره من أولاد الزنى .

بند [228] القانون الروماني

التبني عند الرومان : هو عمل قانوني به ينال ولد سلطة أبوية من رئيس عائلة . وأغراضه لمن لم يولد له أنه يريد وارثًا لاسمه وماله أو لغرض سياسي ، فالتبني هو هدم سلطة رئيس عائلة عن شخص وإيجادها من شخص آخر على نفس هذا الشخص (يعني انتقال سلطة بدل سلطة على الشخص المتبنَّى) .

وكان يبيع أب الولد المتبنَّى الحقيقي ولده إلى المتبنِّي ثلاث مرات فيعتقه بعد بيعتين ، ثم يبلغ رشده بعد البيعة الثالثة ، ثم يتحاكمون للقاضي فيأمر بحلول سلطة الأب المتبنِّي على الولد المتبنَّى بدل سلطة أبيه الحقيقي ، وأخيرًا كان التبني بإعلان أمام القاضي من المتبنِّي والولد المتبنِّى .

ويشترط أهلية المتبنَّى لتملك السلطة الأبوية كأن يكون ذكرًا رومانيًّا ، ويجب الاختلاف في السن 18 عامًا بينهما ، ويجب الرضا والقبول من المتبنِّي والمتبنَّى .

ونتيجة التبني دخول المتبنَّى ضمن عائلة المتبنِّي وحرمانه من ميراث أهله بالولادة [1] .

بند [229] التشريع الإسلامي

التبني كان مشاعًا في الجاهلية ، وكان الولد المتبنَّى يعتبر كولد الصلب ؛ فلا يجوز لمن تبناه أن يتزوج حليلته ولا ولدًا من أولاده كما كان يعتبر أولاد المتبني إخوة له ، فأراد اللّه جلت قدرته أن يجعل الولد لأبيه الحقيقي وأن هذه الأبوة الصناعية لا قيمة لها فقال : ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ ﴾ [2] ﴿ وَأُولُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُهَٰجِرِينَ ﴾ [3] ﴿ مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَٰكِن رَّسُولَ ٱللَّهِ وَخَاتَمَ ٱلنَّبِيِّۦنَ ﴾ [4] .

وحكمة منع التبني ظاهرة واضحة ، وهي اختلاط الأنساب بجعل ولد الغير ولدًا للصلب ، فإن كان الزنى ممنوعًا في كل الشرائع والقوانين خصوصًا بين

(1) « ليس أولادنا من النسب هم وحدهم الذين يكونون في ولايتنا كما قدمنا ، بل يدخل فيها أيضًا من اتخذناهم أولادًا لنا بطريق التبني » طبقا لما أخذ به القانون الروماني . انظر الباب الحادي عشر من الكتاب الأول (في التبني) من مدونة جوستينان في الفقه الروماني ، ص 25 – 27 .

(2) سورة الأحزاب الآية رقم 5 .

(3) سورة الأحزاب الآية رقم 6 .

(4) سورة الأحزاب الآية رقم 40 .

المتزوجين لما فيه من اختلاط الأنساب ، وهي علة ظنية لجواز أن يكون الولد من ماء الزوج فما بالك باختلاط النسب المحقق وهو التبني ، فإن الولد المتبنَّى يحمل اسم من تبناه ويرثه وكذا المتبني ، ويحرم عليه ما حرم بولد الصلب . إذًا كان هذا هو اختلاط الأنساب ، وفيه تحليل وتحريم بدون فائدة ولا مسوغ .

فحكمة منع التبني في التشريع الإسلامي حفظَتْ الأنساب واختطت طريق العقل والصواب فكيف بها وهي ممتدة من أمر علام الغيوب ، فهو أدرى بمصلحة عباده في الدنيا والآخرة فلم يشدد عليهم بإضافة محرمات أخرى غير من ذكر ولا ورثة آخرين غير من عدهم في سورة النساء ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ .. إلخ الآية ﴾ [1] .

وقد كانت هذه العادة متأصلة في نفوس العرب فأراد اللّٰه محوها بفعل رسوله لكي لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم إذا قضوا منهن وطرا .فأمر الرسول ﷺ أن يتزوج امرأة زيد متبناه فخشي مقالة الناس فعاتبه اللّٰه عتابًا شديدًا حيث يقول : ﴿ وَإِذۡ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنۡعَمَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَأَنۡعَمۡتَ عَلَيۡهِ أَمۡسِكۡ عَلَيۡكَ زَوۡجَكَ وَٱتَّقِ ٱللَّهَ وَتُخۡفِى فِى نَفۡسِكَ مَا ٱللَّهُ مُبۡدِيهِ وَتَخۡشَى ٱلنَّاسَ وَٱللَّهُ أَحَقُّ أَن تَخۡشَىٰهُۖ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيۡدٌ مِّنۡهَا وَطَرًا زَوَّجۡنَٰكَهَا لِكَىۡ لَا يَكُونَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ حَرَجٌ فِىٓ أَزۡوَٰجِ أَدۡعِيَآئِهِمۡ إِذَا قَضَوۡاْ مِنۡهُنَّ وَطَرًاۚ ﴾ [2] إلى أن قال جل شأنه : ﴿ مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمۡ ﴾ [3] إلى أخر الآية من سورة الأحزاب .

فلما تزوج الرسول زوجة زيد متبناه إطاعة لأمر اللّٰه ألغي التبني ، وبذا حفظت صحة الأنساب من الدخلاء فيها جهارًا نهارًا بعادات قبيحة لا تطمئن إليها النفوس السليمة .

لهذا رأينا من باب إتمام الفائدة وذكر التشريع المعمول به في القوانين الوضعية أن نذكر ما يختص بالتبني من غير مقارنة حيث إنه غير موجود إطلاقًا في التشريع الإسلامي ، فإن من نسب نفسه إلى غير ما عرف به فقد قذف أمه فيحد ، ومن نسب ولدًا لغير أبيه تصريحًا أو تلويحًا فإنه يحد .

---

(1) سورة النساء الآية رقم 11 .

(2) سورة الأحزاب الآية رقم 37 .

(3) سورة الأحزاب الآية رقم 40 .

بند [230] القانون الفرنسي

التبني الجزائي وهو الذي نتج عن إحساس من المتبنِّي مكافأة لمن يريد تبنيه جزاء معروف أسداه إليه كمن نجَّاه من غرق أو حرق أو أي كارثة أخرى أحدقت به . وشروطه هي الشروط المطلوبة في المتبنِّي ماعدا الخمسين سنة فقط يجب أن يكون بالغًا ، وما عدا 15 سنة فرق السن فقط يكون المتبنِّي أسنَّ من المتبنَّى ، وماعدا المساعدة والعناية فليس بلازم هنا [1] .

التبني في الوصية : وهو ما يوصي به شخص في وصيته لصالح ولد قاصر خوفًا من موته ، والولد قاصر لم يبلغ حد الرجولة . وشروطه هي شروط التبني المعروفة سابقًا . فقط يختلف في الشروط الآتية :

أولًا – الولد المتبنى يجب أن يكون قاصرًا بخلاف التبني العادي فيجب بلوغه .

ثانيًا – يجب على المتبنَّى أن يساعد ويعتني بالطفل المتبنى مدة خمس سنوات بعنوان كونه وصيًّا رسميًّا لا بأي عنوان آخر .

ثالثًا – لا يلزم الحصول على رضا الزوج الآخر في مثل هذا التبني .

قواعد شكل كل نوع من أنواع التبني :

التبني يمر في ثلاثة أشكال :

1 – إقرار أمام قاضي الصلح وذلك أن يحضر المتبنِّي والمتبنَّى بدائرة إقامة المتبنِّي ، ثم يقر المتبنِّي أنه تبنى هذا الشخص ، ويقر المتبنِّي أنه قبل هذا التبني . وبذلك تم التبني .

2 – التصديق على هذا التبني من المحكمة المدنية الابتدائية بدائرة قاضي الصلح بعد بحث الشروط القانونية والأسباب الداعية لذلك ، ثم التصديق على هذا الإقرار من محكمة الاستئناف ولها نقض قرار المحكمة المدنية كما للمحكمة المدنية إصدار قرار ضد التبني ، وجميع القرارات تكون غير مسببة فقط (مرفوض ، أو مقبول) .

3 – تسجيل التبني الذي صادقت عليه المحكمتان الابتدائية والاستئنافية في سجل

---

(1) انظر : البنود من 343 إلى 360 في الباب الأول من الكتاب الثامن ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 78 : 82 .

الأحوال المدنية بدائرة محل إقامة المتبنِّي ، ثم يؤشر بهامش ولادة المتبنَّى بمضمون ذلك . فإذا لم يسجل التبني في مدى ثلاثة أشهر من قرار المصادقة في محكمة الاستئناف بطلب أحد الطرفين اعتبر لاغيًا . وفي التبني الذي يكون في الوصية لا يشترط التصديق عليها من المحكمتين فقط يكون المتبنى قابلًا للتبني فيها .

نتائج التبني : لا فرق في نتائج التبني بين أنواعه الثلاثة ، التي تنتج خمس نتائج :

أولًا – يعطى الولد المتبنى الحق في حمل اسم المتبنِّي وإضافته إلى اسمه فيتناقله أبناؤه بعده .

ثانيًا – تنتج حالة تحريم بين المتبنِّي والمتبنَّى فلا زواج بينهما ولا بين المتبني وأولاد وزوجة المتبنى ، ولا بين المتبني وأولاد زوجة المتبنِّي حتى ولو كان كذلك أبناء تبني .

ثالثًا – توجد حالة تبادل وجوب المساعدة بين المتبني والمتبنى ؛ فعلى الغني منهما تقديم ما يحتاج إليه الآخر عند فقره .

رابعًا – يعطي التَّبَنِّي لِلْمُتَبَنِّي الحق في ميراث من تبناه بلا فرق بينه وبين الولد الشرعي .

خامسًا – يعطي للمتبنى حق الرجوع الشرعي على ورثة المتبنَّى أو ورثة أولاده إذا مات وترك ما أعطاه له من تبناه فوجده بعينه فله الحق في أخذه .

هذه النتائج الخمس لا تتعدى المتبنِّي والمتبنَّى مطلقًا إلى أي شخص آخر ، وليس لأحدهما على الآخر حق خلاف ذلك خصوصًا في حقوق الأبوة الطبيعية والإذن في الزواج فتبقى للأب الطبيعي .

بند [231] أطفال الشعب

القانون الفرنسي : هذا تشريع حديث في القانون الفرنسي ابتدأ سنة 1917 . وأطفال الشعب هم [1] :

أولًا – الأيتام الذين فقدوا أمهم وأباهم أو عائل عائلتهم في مدة حرب سنة 1914 ضحية أعمال العدوّ الحربية أو المدنية .

---

(1) انظر : البنود من 361 إلى 370 ، في الباب الثاني من الكتاب الثامن ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 82 : 84 .

ثانيًا – الأطفال المولودون أو المحمول بهم قبل إجلاء العدو ، والذين كان أبوهم وأمهم أو عائلهم في حالة لا تمكنهم من كسب العيش بالعمل بسبب جراح أو أمراض حدثت أو تفاقمت مدة الحرب فهم ملحقون بالنوع الأول من أبناء الشعب .

ثالثًا – أطفال البلاد التي تحت الحماية ، وأطفال التبعية الفرنسية ، وأطفال الأجانب الذين تعهدوا بالدفاع عن فرنسا مدة الحرب في الجيوش الفرنسية ، والذين في حالة من الحالتين السابقتين . والمختص بعمل التبني هي المحكمة المدنية الابتدائية التابع لها محل الإقامة ، وذلك بتقديم طلب إلى المحكمة ممن يمثل الولد قانونًا بإذن مجلس العائلة ، وفي غيابه يقدم من ممثل النيابة العمومية فتسمع المحكمة الموضوع من ممثل الطفل ثم من ممثل النائب العام ، ثم تحكم (الشعب تبنى ، أو الشعب لم يتبن) فقط ويمكن استئناف الحكم ، وتسجيل الحكم يكون مجانًا ، ويجب التأشير على سجل شهادة الميلاد بمضمون التبني في مدة شهر من تاريخ القرار .

نتيجة هذا التبني : له نتيجة واحدة وهو تولي الإنفاق على الولد المتبنى وتعليمه وتربيته كلًّا أو بعضًا حسب حالته .

ويشرف على مصالح أبناء الشعب ثلاث هيئات :

1 – المكتب الشعبي العام ، وأعضاؤه 99 عضوًا برئاسة وزير المعارف .
2 – مكتب المديريات لأبناء الشعب ويتكون من الموظفين وممثلين محليين برئاسة المدير .
3 – مكتب المراكز ويتكون من معلمين ومعلمات وعمد إلخ .

بند [232] التشريع الإسلامي

هذا التشريع الوضعي الحديث يتضمن معنى العطف والرحمة من المجموع على بعض أفراده الذين نكبوا في عائلتهم أو من يعولهم ، وهذا نوع من التضامن الاجتماعي الواجب على الأمم والشعوب في رعاياهم ؛ إذ ليس من العدل أن تنزل النكبات بالبعض فيحيق فيه به المرض والفقر ، بينما البعض الآخر ينعم في بحبوحة العيش ورغد الحياة ؛ فكان من العدل أن يتساند الجميع لانتشال البائسين وتخفيف وقع مصابهم ليشعروا أن من معهم من البشر لا ينسونهم أوْ لا يتناسونهم ، ولكن للأسف الشديد هذا التشريع الذي يظهر سنة 1917 تحت عنوان (أطفال الشعب)

قد وجد في التشريع الإسلامي منذ 1362 سنة .

فإن الركن الثالث من أركان الإسلام إيتاء الزكاة أي وجوب إخراجها عن ثلاثة أنواع . وهي :

1 - النعم وهي (الإبل والبقر والغنم) .

2 - الحرث وهو (القمح والشعير والحمص واللوبيا والعدس والفول والترمس والبسلة والجلبان والسلت والعدس والذرة والدخن والأرز والزيتون وحب الفجل الأحمر والسمسم والقرطم والتمر والزبيب) .

3 - العين وهي الذهب والفضة ، وشروط وجوبها وشروط أدائها وبيان مصرفها مشروحة في باب الزكاة فمن أراد الاطلاع فليرجع إليه .

وإن في مصرفها أي ممن تعطى له يدًا بيد أو تنفق في مصالحه التي ينتفع بها .

1 - الفقير ، وهو الذي لا يملك قوت عامه .

2 - المسكين وهو الذي لا يملك شيئًا بشرط أن يكونا حرين مسلمين إذا كان هذا التضامن الاجتماعي هو الأصل الثالث من التشريع الإسلامي .

فمن كان فقيرًا أو مسكينًا كبيرًا أو صغيرًا مات في حرب أو في سلم مَنْ يعوله وجب الإنفاق عليه من بيت المال وهو خزانة الدولة ، ولكن ليس المال نهبًا مباحًا لكل من يدعي ذلك .

بل من ادعى الفقر أو المسكنة أو ادُّعِيَ له ذلك إذا كان صغيرًا فإن كانت حالته ظاهرة لا تحتاج إلى دليل على فقره أو مسكنته لعجزه أو عوزه أو موت عائله وجب إعطاؤه من بيت المال ما يكفيه بالحسنى ولو نفقة سنة متى كان ذلك من المصلحة ، فإن ارتبنا في حالته من فقر أو يسار لأنه مستور الحال فلا يعطى إلا إذا أقام بينة ، وهي شاهد ويمين أو شاهدان ، فإن ثبت فقره أو مسكنته أعطي من بيت المال ما يكفيه [1] .

---

(1) الزكاة من أركان الإسلام الخمسة ، وقد اتفق الفقهاء على وجوبها على كل مسلم حر بالغ عاقل مالك النصاب ملكًا تامًّا والأجناس التي تجب فيها طبقا لما تناوله الفقهاء هي .

1 - الذهب والفضة . 2 - الإبل . 3 - الغنم .

4 - البقر . 5 - المزروعات . 6 - عروض التجارة .

بداية المجتهد ج 1 ص 288 ، وراجع كتاب الزكاة في الشرح الصغير ومواهب الجليل وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني .

على أنه يشترط فيمن يأخذ من بيت المال ألا تكون نفقته واجبة على آخر موسر كنفقة أب على ولده والولد موسر فلا يعطى الأب من بيت المال شيئًا حتى ولو لم يأخذ من ولده بالفعل ؛ لأنه قادر على أخذها منه قضاء قهرًا ، وكذلك من كان له مرتب في بيت المال يكفيه فلا يأخذ شيئًا .

فإن كان المنفق متطوعًا فللفقير أو المسكين أخذ النفقة من بيت المال ، لأن المتطوع بالإنفاق عليه يمكنه قطع النفقة بلا فرض عليه بدوامها .

حتى ذهب المتشرعون الإسلاميون إلى أبعد من هذا في واجب التضامن الاجتماعي فقرروا أن من عنده يتيمة يجوز له أن يشورها من الزكاة بقدر ما يصلحها كما يراه القاضي . فأين هذا الآن [1] ؟ .

وعلى هذا فحقوق أفراد الشعب وأطفال الشعب الفقراء والمحتاجين مقررة ومنظمة بطريق لا يمكن للبشر أن ينظموها ولا أن يشرعوها ، وكلما اشتدت مشاكلهم في الحياة ، وضاقت بهم السبل تقربوا من التشريع السماوي ونسبوه لأنفسهم فكان جديدًا واختراعا لم يسبقوا به في نظر قصيري النظر والمقلدين المخدوعين لهم ، ولله في خلقه وملكه شئون ، ﴿ وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ مَا فَعَلُوهُ فَذَرْهُمْ وَمَا يَفْتَرُونَ ﴾ [2] .

بند [233] النفقة

القانون الفرنسي : واجب التغذية هو الواجب المتقابل الذي فرضه القانون على الأقارب أو الأصهار الأكثر قربًا بالمبادرة إلى المساعدة حيث يكونون في حاجة ماسة [3] .

من تجب عليهم النفقة : تجب النفقة بين من يأتي :

أولًا – النفقة الواجبة بين الأقارب ، لا تجب النفقة بين من يجتمعون في أصل واحد كالإخوة والأخوات والأعمام والعمات ، وإنما تجب النفقة بين من لهم على بعض حق الولادة كولد وأبيه أو أمه ، وكأولاد ولد وجد ، أو أولاد أولاد ولد وجد

---

(1) جاء في القرآن الكريم النص على المستحقين للزكاة ، وذلك في قوله ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ ... الآية ﴾ . بداية المجتهد ج 1 ص 288 .

(2) سورة الأنعام الآية رقم 112 .

(3) انظر : البنود 203 – 205 إلى 211 من الباب الخامس من الكتاب الخامس ص 49 ، 50 وبند 349 ، في الفصل الأول من الكتاب الأول ، من الكتاب الثامن ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص80 .

الجد وهكذا في الخط المستقيم بشرط أن تكون القرابة شرعية .

كما تجب النفقة بين المتبني وبين أبيه وأمه بالتبني فقط درجة واحدة ، وكذلك بين ولد الزنى من الأقارب أو من متزوج بأخرى متى ثبتت البنوة .

ثانيًا – النفقة الواجبة بين الأصهار ، تجب النفقة بين زوج البنت وحميه وبين زوجة الابن وحماتها ويكون ذلك في درجة واحدة فقط فالزوج ليس ملزمًا بالإنفاق على جد زوجته وبالعكس .

ثالثًا – النفقة الواجبة بين الزوجين ، تجب النفقة بين الزوجين مادام عقد الزواج قائمًا ، فإن انحل الزواج بالموت بقيت نفقة الحي في مال المتوفى إلى وفاته ، وإن انحل بالطلاق فقد تفرض نفقة لمن صدر الطلاق في مصلحته كما سبق في نتائج الطلاق .

رابعًا – النفقة الواجبة بين المتبني والمتبنى ، تجب النفقة بالتقابل بينهما فقط لذاتهما فلا تتعداهما لمن يولد لهما .

وينتهي فرض النفقة كما يأتي :

1 – نفقة الأقارب ، بين الولد وأولاده لا تنقطع النفقة بينهما مهما كان السبب .

2 – نفقة المصاهرة ، تنتهي متى مات الزوجان وأولادهما الذين كانوا سببًا في فرض النفقة .

بند [234] التشريع الإسلامي

واجب النفقة بأنواعها قد حدده المشرع في مواضيعه بدون مقابلة في بعضها وهو واجب لأسباب ثلاثة .

أولًا – زواج . **ثانيًا** – قرابة خاصة . **وثالثًا** – ملك .

فلا تجب النفقة بالمصاهرة لأنه لا علاقة بين زوج البنت ووالديها ولا بين زوجة الابن ووالديه فالبنت أي الزوج بنت والديها فلم ينقطع نسبها عن والديها بالزواج ولم يكن من نتائج عقد الزواج الإنفاق إلا على نفس الزوجة نظير احتباسها لمنفعة الزوج أو نظير تنازلها عن حريتها ولزومها أوامر زوجها ، فإن كان أبواها محتاجين للنفقة وهي غنية موسرة وجب عليها الإنفاق عليهما فقط لا زوجها ، فهذا النوع

من النفقة ليس مقبولًا عقلًا فلم يشرعه الدين الإسلامي ؛ فيجب النفقة إذا على [1] :

أولًا : تجب النفقة على الزوج لزوجته بشرط عدم منعها زوجها من الاستمتاع بها ، وعدم خروجها بلا إذن ، وعدم اشتغالها بما يضيع حقه كزوج بلا إذن منه ، وبشرط كون الزوج موسرا عند مالك [2] . ولم يشترط ذلك أبو حنيفة ، وتجب النفقة ما دامت الزوجية قائمة حقيقية كأن كانت في العصمة ، أو حكمًا كأن كانت في العدة فتجب لها النفقة حتى تخرج من عدته ، فالعدة من توابع الزواج ، وهي محْتبسة لتعرّف براءة الرحم من ولده فالنفقة جزاء الاحتباس ، فإن ماتت سقطت النفقة ، وإن مات الزوج سقطت النفقة والكسوة ويبقى لها حق السكنى حتى تخرج من العدة ، فالنفقة تقدر بقدرها على الزوج لزوجته ولا تفرض نفقة إطلاقًا للزوج على زوجته .

ثانيًا - قرابة خاصة ، تجب النفقة للولد على أبيه وللأب على ولده بالاتفاق في جميع المذاهب بشرط كون الأب أو الولد مستحق النفقة فقيرًا بالفعل غير قادر على الكسب فإن قدر أمر بالتكسب وأجبر عليه وبشرط كون المطلوب منه النفقة موسرًا يفيض عنه ما يجعل في نفقة الطالب .

ولا تجب على غير الأب لولده أو الوالد لأبيه عند مالك [3] . وقال الشافعي تجب

---

(1) يقابل هذا النص المادة 20 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية وهي تنص على ما يأتي :

« يسري على الالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار قانون المدين بها » وذكر عبارة « فيما بين الأقارب » أريد به إخراج ما يعتبر من النفقات أثرًا للزواج وفقا لأحكام النصوص السابقة .

وقد أوردت المادة 13 من قانون نظام القضاء رقم 147 لسنة 1949 « النفقة للأقارب والأصهار » بين مسائل الأحوال الشخصية .

ومن الجدير بالالتفات أن المادة 919 من تقنين المرافعات تبين المحكمة المختصة نوعيًا بنظر دعاوى الأقارب والأصهار . انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 7 .

(2) يقول ابن جزي : تجب النفقة لأربعة أصناف .

1 - الزوجات بشرط الدخول والتمكين من الاستمتاع وبلوغ الزوج وإطاقة الزوجة للوطء ولا يشترط بلوغها .

2 - أولاد الصلب تجب نفقتهم على والدهم . 3 - الأبوان بشرط أن يكونا فقيرين .

4 - العبيد ، فعلى السيد النفقة على عبيده ذكرانهم وإناثهم . القوانين الفقهية ص 247 والكافي لابن عبد البر ص 298 ، 299 والتاج والإكليل ج 4 ص 180 ، 181 .

(3) يقول ابن عبد البر : لا يجب على الإنسان نفقة على أحد من جهة القرابة إلا الأبناء الصغار الفقراء =

للأصل وإن علا والفروع وإن سفلت ، وتجب للفروع على الأصول وإن علت فقط . وقال الإمامان أحمد بن حنبل وأبو حنيفة : تجب النفقة للقريب ذي الرحم المحرم ، فتجب للأخ على أخته ولابن الأخ على عمه ، وهكذا كل ذي رحم محرم تجب النفقة بالتقابل .

فعند مالك لا تجب للولد على جده ولا للجد على ولد ولده ، ولا للأخ على أخيه وهكذا ، وعند الشافعي لا تجب للأخ على أخيه ولا لابن الأخ على عمه ، وإنما تجب للأصول على الفروع في خط مستقيم وتجب للفروع على الأصول كذلك .

فيجب على الولد الحر الموسر صغيرًا أو كبيرًا ذكرًا أو أنثى نفقة الوالدين المعسرين العاجزين عن الكسب مما فضل عنه وعن زوجاته وخادمه المحتاج إليه .

وتجب النفقة للأقارب الشرعيين ، وتسقط نفقة الأقارب بمضي المدة لأنها لدفع الحاجة ، وقد ثبت استغناؤه في هذه المدة التي لم يطلبها ولم يقبضها ، إلا أن يأمر الحاكم بالاستدانة عند عدم الدفع ويستدينها بالفعل فتجب ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء [1] .

ثالثًا – تجب النفقة بالملك فمن ملك رقيقًا أو دواب وماشية وجب عليه نفقتها من إطعام وسقي ولو عطبت ومرضت بحيث لا تقوى على الحمل أو الجر ، فإن أُمِر بالإنفاق وامتنع أجبر ، فإن أبى أو عجز أجبر على بيعها أو إجارتها أو ذبحها إن كانت تؤكل ، ويحرم تحميلها فوق طاقتها ، فإن فعل المالك وتكرر أخرجها الحاكم عن ملكه قهرًا .

وهذا هو الرفق بالحيوان وهو تشريع منذ وجد الدين الإسلامي ، ولكن يأخذ الأوربيون عن نظم ديننا ما هو مقرر فيها وينسبونه لأنفسهم ويخترعون له أسماء ، ثم يطالعوننا بها فيصدقهم الجهلاء بأنهم متشرعون مستنبطون نظمًا جديدة للبشر . بل وللأسف الشديد يصدقهم المتعلمون من غير أن يعرفوا عن أصول هذا التشريع شيئًا ، وهكذا كنزنا الثمين الذي ضمن نظم الحياة على أحسن وجه يكون نهبًا مباحًا ، ثم يغلب المسلم على أمره ويفرض عليه تشريع وضعي جائز وضعه أصحابه لغير المسلمين ، ولكن لو شاء ربك ما فعلوه .

وينتهي فرض النفقة حسب التفصيل الآتي :

= والأبوين إذا كانا فقيرين لا يقدران على الاكتساب ... الكافي لابن عبد البر ص 298 .

(1) يقول ابن عبد البر : وتجب النفقة على السيد لكل مملوك له ذكر أو أنثى ، صغيرًا كان أو كبيرًا ، على قدر السيد وحال المملوك بالمعروف ، ويجبر الرجل على أن يعلف دوابه أو يرعاها إن كان في رعيها ما يقوم بها . بل جعل ابن عبد البر هذه المسالة الأخيرة محل إجماع في التمهيد . الكافي لابن عبد البر ص 299 والقوانين الفقهية ص 245 :

أولًا : نفقة الزوجة ، تنتهي متى ماتت ، أو انقضت عدتها بعد الطلاق ، أو منعت نفسها من متعة زوجها بدون سبب شرعي ، أو نشزت عن طاعة زوجها ، وبعسر زوجها عند مالك ، ويسقط تقدير النفقة أو النفقة التي قدرها الحاكم بأكلها مع الزوج حسب العادة برضاها تموينًا .

ثانيًا – نفقة الأقارب تسقط بموت المفروض له أو المفروض عليه ، وبفقر المفروض عليه وبيسار المفروض له ، وبمضي المدة كشهر ونحوه بدون طلب إلا أن يأمر الحاكم بالاستدانة عند عدم الوفاء واستدان بالفعل فتكون دينًا في الذمة ولا تسقط ، وبما أن نفقة الأقارب قدرت بسببين : يسار المطلوب منه النفقة ، وفقر الطالب إليها ، فمتى زال أحد السببين انتهت النفقة حيث لا مبرر لها .

ثالثًا – نفقة الملك ، تسقط متى مات العبد أو الدابة أو باعها المالك أو بيعت عليه لأي سبب .

بند [235] شروط وجوب النفقة

القانون الفرنسي : يجب توافر شرطين في وجوب النفقة [1] :

أولًا – يجب أن يكون طالب النفقة في حالة احتياج .

ثانيًا – يجب أن يكون المطلوب منه النفقة في حالة سعة وقدرة .

ومحكمة الموضوع هي التي تقدر هذين الظرفين حسبما ترى .

ترتيب النفقات بين الطالبين : إذا اجتمع الأقارب والزوجة والأمهات في طلب النفقة فهل تجب للجميع ، أو تجب لطبقة دون أخرى لم ينص القانون على شيء لكن العمل جار على ما يأتي :

أولًا – الزوج والزوجة مقدمان على من عداهما من طالبي النفقة .

ثانيًا – الأولاد وأولاد الأولاد إلخ فيقدم الابن ثم ابنه وهكذا .

ثالثًا – الآباء والأمهات والأجداد والجدات فيقدم الأقرب فالأقرب من الأصلين : أصل الأب وأصل الأم سواء .

---

(1) انظر : البنود 203 ، 205 إلى 211 في الباب الخامس من الكتاب الخامس ص 49 ، 50 وبند 349 في الفصل الأول من الباب الأول ، من الكتاب الثامن من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، ص 80 .

رابعًا – زوج البنت وامرأة الابن .

خامسًا – أبو الزوجة وأبو الزوج .

وهذا الترتيب ليس واجبًا على المحكمة اتباعه ، فقط يعتبر كدليل ولها الحكم بغير ذلك . كما ترى المصلحة .

وليست النفقة واجبة بالتضامن بين من تجب عليهم للمحكوم له الرجوع على أحدهم . وهذا الأخير يرجع على الباقي بل يطلب كل بما فرض عليه .

ولا تنتقل النفقة إلى ورثة المفروض لهم فتنقطع بموتهم ، لأنها فرضت للشخص نفسه فلا تورث عنه ، كما لا ينتقل المفروض على ورثة المحكوم عليهم بالنفقة وتسقط النفقة بموتهم .

بند [236] التشريع الإسلامي

إن شروط فرض النفقة ووجوبها تختلف في كل نوع من نفقة الزوجة ونفقة الأقارب .

1 – نفقة الزوجة ، تجب نفقة الزوجة بعقد الزواج بشرط أن تكون مطيقة مطيعة لزوجها في عصمته ليست ناشزًا ، والزوج ليس معسرًا بها (عند مالك في الإعسار) وعند أبي حنيفة تجب في الذمة لميسرة ، فإن كانت الزوجة صغيرة جدًّا أو خارجة عن طاعة زوجها أو مطلقة وخرجت من العدة فلا نفقة لها [1] .

ولا يشترط احتياج الزوجة للنفقة فلو كانت غنية موسرة فلا تلزم بالإنفاق على نفسها ؛ لأن النفقة جزاء طاعة زوجها ، وهي نتيجة حتمية يوجدها عقد الزواج فتجب النفقة على الزوج مع عدم احتياج زوجته . فإن كانت تعيش معه تموينًا يعني

---

(1) جاء في الشرح الكبير 508/2 أن أسباب النفقة الثلاثة القرابة والرق والنكاح وأقوى أسبابها النكاح : فلذا بدأ به فقال بوجوبها لممكنة من نفسها مطيقة للوطء بلا مانع بعد أن دعت هي أو مجبرها أو وكيلها للدخول بها ، ولو لم يكن عند حاكم وبعد مضي زمن بتجهيز فيه كل منهما عادة .

وجاء في حاشية الدسوقي 508/2 أن النفقة واجبة لزوجة ممكنة لا تمتنع من الوطء إذا طلبت ، سواء كانت حرة أو أمة بوأها زوجها معه بيتًا أو لا ، كان الزوج حرًا أو عبدًا . وعلى العبد نفقة زوجته الحرة وكسوتها طول بقائها في عصمته من كسبه ولا يمنعه سيده من ذلك . وإن كانت الزوجة أمة فنفقتها كذلك على زوجها حرًا كان أو عبدًا بوأها زوجها بيتًا معه أم لا .

يُحضر الأكل ويؤاكلها وليس مقترًا عليها فبها ، وإلا فإن اشتكت تقصيرًا أو تقتيرًا فرض لها القاضي نفقتها كل يوم أو كل شهر أو كل سنة حسب حالة زوجها في كيفية معاشه ، ويجب على الزوج أداؤه .

ثانيًا – نفقة الأقارب : فيشترط فيها أن يكون طالب النفقة محتاجًا للنفقة فقيرًا معدمًا وأن يكون المطلوب منه النفقة موسرا يفيض من كسبه أو من ماله ما يفي بنفقة القريب فإن لم يف إلا ببعضها فرض عليه البعض ، ويشترط عدم قدرة القريب على التكسب (عند مالك) وإلا أجبر عليه ولا تجب له نفقة ، ويرى أبو حنيفة أنه يجب في نفقة الأبوين والنساء من الأقارب أن لا يكونوا متكسبين بالفعل ، فلا يجبرون على التكسب ، بل نفرض لهم بِرًّا بهم ورحمة فإن تكسبوا بعد الفرض ليسارهم [1] .

فإن تعدد طالب النفقة يبدأ أولًا بنفس الشخص ثم بزوجه ثم بولده الصغير ثم بأمه ثم بأبيه ثم الولد الكبير(الشافعي) وعند ابن حنبل (نفسه ، زوجته ، ولده ، أبوه ، أمه ، ولد ابنه ، جده ، فأخيه ثم الأقرب فالأقرب) .

وإذا حكم بالنفقة لأب على أولاده فلا تضامن بل كل واحد مسئول عن نفسه يؤدي ما حكم عليه للمحكوم له .

ولا تورث النفقة المحكوم بها إلا إذا كان مأمورًا بها من القاضي واستدانها المتوفى بالفعل .

وأما نفقة الزوجة فهي دين في الذمة لا تسقط إلا بالقضاء أو الأداء فتورث عنها لورثتها متى كانت مقدرة ، وحكم النفقة لا يتعدى المحكوم عليه لورثته فيسقط بموته [2] إلا المتجمد [3] .

---

(1) جاء في الشرح الكبير 522/2 أنه إنما تجب نفقة رقيقه بالملك ، وبالقرابة على الولد الحر الموسر صغيرًا أو كبيرًا ذكرًا أو أنثى ، لينفق مسلمًا أو كافرًا ، صحيحًا أو مريضًا (نفقة للوالدين) الحرين ولو كافرين والولد مسلم أو بالعكس المعسرين بنفقتهما كلًا أو بعضًا فيجب عليه تمام الكفاية حيث عجز عن الكسب ، وإلا لم تجب على الولد ، وأجبرا على الكسب على المعتمد ، كما أن الولد إنما تجب نفقته على أبيه عند عجزه عن الكسب ... ولا يجب على الولد المعسر أن يتكسب بصفة أو غيرها لينفق على أبويه ولو كان له صنعة وكذا عكسه .

(2) تسقط النفقة الواجبة للقريب بموته ، لأن سبب وجوبها هو حاجته للنفقة ، وقد انقضت هذه الحاجة بموته ، وهي بهذا لا تنقل لورثته ، فلا حق لهم في المطالبة بها .

(3) متجمد النفقة ، هو المستحق منها عن مدة سابقة . ذلك أن النفقة تستحق بالحاجة إليها أو الحكم بها على =

بند [237] مادة وطبيعة النفقة

القانون الفرنسي : تشمل النفقة الأكل والكسوة والمسكن وكل ما هو ضروري للوجود ويجب دفعه نقدًا معجلًا كل شهر أو في السنة مرتين أو ثلاثة حسب التقدير .

وبما أنه مراعى في فرض النفقة حاجة الطالب ومالية المطلوب منه فالنفقة تتغير تبعًا لهذين الأصلين فيجوز طلب منع المحكوم له من النفقة لعدم الاحتياج كلًّا أو بعضًا لغناه أو لفقر المحكوم عليه كما يجوز التخفيض ، فلا يحوز حكم النفقة قوة الشيء المحكوم فيه ، كما يجوز طلب الزيادة إذا جد ما يدعو لذلك في السببين المذكورين . ويجوز دفع النفقة من طبيعة الأشياء لا نقدًا فيُضَمُّ المحكوم له لعيال المحكوم عليه حينما يثبت أن المحكوم عليه لا يمكنه دفع النفقة نقدًا ، وكان المحكوم له أبًا أو أمًّا ، فيتولى المحكوم عليه تعهدهما في عياله ، وهذا يكون بحكم المحكمة فلها تقدير ظروف الموضوع [1] .

بند [238] التشريع الإسلامي

النفقة تشمل ، الطعام ، والإدام ، والكسوة ، والمسكن ، والفرش ، والغطاء ويجب دفعها معجلًا في أول كل شهر أو نصف سنة أو سنة حسب العادة وحالة الشخص المحكوم عليه .

والنفقة تتبع الحاجة واليسار في الأقارب وفي أسعار المعيشة وزيادة سن الصغير فإن أعسر المحكوم عليه في نفقة الأقارب سقطت عنه وكذا إن أيسر المحكوم له ، فإن زادت المعيشة وكان المفروض لا يفي وجب زيادة المفروض مادام عند المحكوم عليه سعة ، وإن تدنت الأسعار وجب تخفيضها حسب الطاقة وإن كبر المفروض له زيدت النفقة .

= الخلاف بين الفقهاء في ذلك . فمن رأى استحقاق النفقة بقيام سببها ، وهو الحاجة إليها أخذ باعتبار النفقة دينا في ذمة المنفق ، حتى لا تبرأ ذمته إلا بالأداء أو الإبراء ، ومن ذهب إلى استحقاق النفقة بحكم القاضي بها اعتبرها دينا على المنفق من تاريخ الحكم ، فلا تسقط كذلك إلا بالأداء أو الإبراء . ولذا لو مات المستحق لها دون أن يأخذها أو يبرئ منها انتقلت لورثته .

(1) انظر : البنود 203 ، 205 إلى 211 في الباب الخامس من الكتاب الخامس ص 49 ، 50 وبند 249 ، في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثامن ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 80 .

وتشمل نفقة الأقارب أجرة التعليم وما يحفظ به صحته من تداو ، كل هذا في نفقة الأقارب . وأما نفقة الزوجة فلا تتغير إلا إلى الزيادة أو النقص ، ولا علاقة لها بمالية الزوجة إطلاقًا فلها ما لها كاملًا ، ولها نفقتها على زوجها ما دامت زوجة مطيعة لزوجها بالشروط السابقة . ويجوز للمحكوم عليه ضم والديه إليه أو أحدهما مع عياله لعدم كفاية النفقة للجميع منفردين [1] .

---

(1) قال ابن شاس : واجبات النفقة ستة : الطعام ، والإدام ، والخادم ، والكسوة ، وآلة التنظيف ، والسكن ، ومن المدونة لاحد لنفقة الزوجة ، هي على قدر عسره ويسره » . التاج والإكليل ج 4 ص 182 الكافي لابن عبد البر ص 298 القوانين الفقهية ص 168 .

نتيجة المقارنات من بند 225 إلى نهاية بند 238

يتفق التشريعان فيما يأتي : أطفال الشعب - واجب النفقة - النفقة بين الأقارب - النفقة بين الزوجين (في الجملة) - شروط وجوب النفقة (في الجملة) - وطبيعة النفقة .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

التبني - التبني الجزائي - التبني في الوصية - نتائج التبني - النفقة بين الأصهار - النفقة بين المتبني ومن تبناه .

الكتاب الثالث

السلطة الأبوية وحماية عديم الأهلية

بند [239] القانون الفرنسي

السلطة الأبوية أو ولاية الأب : هي جملة الحقوق الممنوحة للأب والأم بموجب القانون على شخصية وأملاك أولادهم لمعاونتهم وحمايتهم حتى يصلوا إلى السن الذي به يسيرون أنفسهم في الحياة (1) .

تتعلق الحقوق الأبوية مدة الزواج بالأب والأم أصالة فيبقى الولد تحت سلطتيهما الشرعية . غير أن القانون رأى أن الأبوين لا يمكن أن يستعملا حقوقهما على ولدهما في وقت واحد فعهد إلى الأب بهذه السلطة ، فقط لأنه رئيس العائلة فوجب توحيد الرئاسة . وهذا من الحق العام ؛ فلو اشترط الزوجان في عقد ترتيب أموالهما أن السلطة على الأولاد تكون للأم حال وجود الأب كان هذا الشرط باطلًا ، وللأم فقط مراقبة الأب في تصرفه فإن رأت ما لا يتفق ومصلحة الولد أمكنها رفع الأمر للقضاء للفصل فيه بما يحقق مصلحة الصغير .

وتنتقل الحقوق الأبوية إلى الأم في الأحوال الآتية :

1 - موت الأب . 2 - غياب الأب .

3 - في حالة عدم إمكان الأب مباشرة سلطته لأنه محجور عليه قضائيًا أو ممنوع قانونًا .

4 - في حالة حرمان الأب من مباشرة سلطته الأبوية قانونًا متى قررت المحكمة أن للأم مباشرة هذه الحقوق متى وجد الأب أو الأم فليس للجد أو للجدة أي حق قبل أولاد أولادهم ، فقط يجب على أولاد الأولاد احترام أجدادهم وجداتهم ، فإن مات الأبوان فالسلطة تنتقل للأجداد .

بند [240] التشريع الإسلامي

السلطة الأبوية أو ولاية الأب : وهي حقوق ممنوحة للأب أو لوصيه أو للحاكم محددة في التشريع الإسلامي على شخصية الولد وعلى أملاكه لمعاونته وحمايته

---

(1) انظر : البنود من 371 إلى 387 في الكتاب التاسع من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 84 : 87 .

حتى يصل إلى سن معين يسير بنفسه في الحياة [1] .

حقوق الأب من ولايته على ولده وعلى أملاكه ثابتة مدة الزواج وبعد الزواج بلا فارق بينهما ، ولا سلطة للأم لا على النفس ولا على مال الولد ما دام الأب موجودًا ، وليست المسألة مسألة رئاسة يتولاها الأب ثم تنتقل إلى الأم بعد وفاة الأب ، وإنما مسألة أن الأب هو الذي يجب عليه الإنفاق على ولده بل وعلى زوجه فهو الذي له الولاية ، وهي من الحقوق العامة التي لا تنزع من الأب إلا لعارض [2] كعدم الرشد أو الفسق والفجور بما يتنافى مع مصلحة الصغير .ويحكم حاكم بنزع سلطة الأب في مال ولده متى كان كذلك .

وللأم كما لأي شخص آخر إذا رأى أبًا أتلف مال ولده أو بدده بسوء تصرف وعمل لا يتفق مع مصلحة الولد أن يتقدم للقاضي طالبًا سلب سلطة هذا الأب عن ولده لذلك ، ومتى ثبت ذلك لدى القاضي انتزع مال الطفل منه وسلمه لوصي يرتضيه ، وقد تكون الأم متى كانت رشيدة .

وتنقل حقوق الأب إلى الأم إذا رأى القاضي المصلحة في ذلك سواء في حياة الأب متى كان مِتْلافًا أو في حالة جنونه أو عدم أهليته للتصرف شرعًا ، فانتقال الحق إلى الأم لم يأت لأنها أم ، وإنما جاء لأن الأب غير أمين أو غير موجود ورأى القاضي في ذلك مصلحة .

ومتى وجد الأب رشيدًا فليس للأم ولا للجد أي حق قِبَلَ أولاد أولادهما سوى حق الاحترام أو إجراء النفقة عليهما بشروطها السابقة على غيَر مذهب مالك في الجد .

فإن مات الأب انتقلت السلطة إلى وصيه أي وصي الأب ، فإن لم يوجد فوصي وصي الأب ، فإن لم يوجد فالحاكم (مذهب مالك) . ويرى أبو حنيفة أن السلطة بعد الأب للجد ، فهو ولي مجبر عنده ، درجته بعد الأب ووصي الأب ، فإن لم

---

(1) تسرى أحكام الشريعة الإسلامية على المصريين المسلمين فيما أخذ به القانون المدني المصري ، المادة السادسة عشرة . وتجرى أحكام الشريعة الإسلامية في ذلك على رعاية مصالح المحجورين التي لا يستطيعون القيام بها بأنفسهم ، لضعف تفكيرهم وقلة خبرتهم . راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية في التعليق على المادة 21 منه ، ونصها أنه يسرى « على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي يجب حمايته » .

(2) قاعدة : الولاية من الحقوق العامة التي لا تنزع من الأب إلا لعارض .

يوجد أب ولا وصيه ولا جد فوصي الجد إن كان وإلا فللحاكم . هذا في المال .

وأما السلطة الأبوية على نفس الصغير فهي للأب ، ثم للجد ، ثم الأخ الشقيق ، ثم الأخ لأب إلخ العصبات .

ويرى الشافعي أن ولاية الأب (السلطة الأبوية) تكون للأب حال حياته ثم لوصيه بعد مماته ، ثم للجد وإن علا ، ثم لوصيه بعد وفاته ، ثم للقاضي فيعين من يتولى أمر مال الصغير ولو أما ، وهي أولى .

وبهذا أجمع مشهور المذاهب الإسلامية الاجتهادية على أن الأم لا تتولى السلطة الأبوية إلا إذا أسندها إليها الحاكم لعجز في الأب عند بعضهم أو الجد عند البعض الآخر سواء أكان عجزًا حسيًا أم معنويًا ، فالأم لا تكون إلا وصية إما من الأب أو الجد أو الحاكم [1] .

ولم تتول الأم السلطة الأبوية بالنص في التشريع لمعنى في كيانها ؛ فهي مخلوق ضعيف لا يقوى على أعراض وجوده من حمل ووضع وطمث وتعهد منزل وتربية أولاد صغار . ولم تتعود المرأة خوض غمار الحياة والمجادلة والدفع والتدافع كخلقة الرجل . فإن تعينت مصلحة الصغير في جعلها وصيًا بإرادة الأب أو الجد أو برأي القاضي صح تكليفها بذلك لأن حقوق الصغير أولى بالرعاية [2] .

بند [241] القانون الروماني

السلطة الأبوية في القانون الروماني جعلت لحفظ وحماية الطفل أخيرًا ، فهي واجبات على الأب حتى يبلغ الطفل سنًا معينة تمكنه من الاعتماد على نفسه في الحفظ والرعاية ، ويستعملها الأب . وفي غيبته تباشرها الأم ، والسلطة الأبوية لدرجة واحدة ؛ فلا تتعدى الأب إلى الجد ، فلا سلطة له على أولاد ولده . وللأب التنازل عن السلطة الأبوية بإشهاد متى بلغ الولد سنًا معينة فتفك الوصاية عنه تحت التجربة .

والعائلة الرومانية ترتكز على سلطة الرئيس ؛ فسلطان رئيس العائلة هو أساس

(1) قاعدة : الأم لا تكون إلا وصية إما من الأب أو الجد أو الحاكم .

(2) اتفق الفقهاء في نظرهم في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها على أن من شرط الولاية الإسلام والبلوغ والذكورة وأن سوالبها أضداد ذلك ، أي الكفر والصغر والأنوثة . واختلفوا في ثلاثة العبد والفاسق والسفيه إلخ . بداية المجتهد ج 2 ص 18 الشرح الصغير ج 3 ص 156 .

العائلة والقرابة لا الزواج ، فالقرابة لا تعتمد على علاقات الدم ، ولكنها تعتمد على تحقيق السلطة ؛ فالقرابة تكون بين كل من تجمعهم سلطة واحدة لشخص واحد ، فإن وجدت علاقة الدم فقط دون الاجتماع تحت سلطة واحدة كانت قرابة طبيعية بدون رئيس قانوني ، فسلطة الأب على أولاده أو أفراد عائلته كسلطة السيد على عبيده ، فليس على الأب أي واجب فهو الذي له شخصية قانونية ، وهو المالك ، وهو الذي يترك تركة تورث عنه وهو رب العائلة .

والسلطة الأبوية ليس للمرأة حق فيها وإنما هي محصورة في الذكور ، ولا تنقطع السلطة الأبوية لا بالبلوغ ولا بالزواج ، وقد كان لرب العائلة الحق في القتل لولد العائلة كالرق والبيع والإجبار على الطلاق لولده ، ثم منع هذا في عصر القانون النظامي [1] .

بند [242] القانون الفرنسي

واجبات السلطة الأبوية ، وهي جملة الواجبات المفروضة على الأب والأم والامتيازات المتعلقة بهم لحماية أولادهم . وهي :

أولًا – واجب التموين والتربية والتعليم . **ثانيًا** – واجب الحفظ .

ثالثًا – واجب التأديب . **رابعًا** – إدارة أمواله القانونية .

خامسًا – التمتع بأملاكه قانونًا .

فواجب التموين يشمل كل ما يتوقف عليه وجوده من مأكل ومشرب ومسكن وملبس ، وهو واجب بين الأب والأم ؛ فإن افتقر الأب وجب على الأم في أموالها الشخصية .

وواجب التعليم يشمل تكوين الطفل أدبيًا وعقليًا واختيار دين له ، فيجب إرساله من ست سنوات إلى 13 سنة في المدارس الابتدائية .

وحق الحفظ هو أن يكون الطفل في مسكن أبيه أو أمه ومقيمًا معهما فيجبران على ذلك ، فيكون محل إقامة الولد القانوني هو محل إقامة والديه ، وإمضاء عقد عمل الولد يكون برضاء والديه إلى 21 سنة ، والإذن لولده بدخول العسكرية متطوعًا قبل 21 سنة من عمره .

---

(1) انظر : الباب التاسع من الكتاب الأول ، ص 20 ، الباب الثاني عشر من الكتاب الأول ص 28 – 31 من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني .

وحق التأديب هو حق وضع الطفل بمدارس التأديب والتربية لعدم سير الولد سيرًا طبيعيًا وذلك بعد الفصل في الطلب بمعرفة المحكمة .

وحق إدارة الأملاك القانونية ، فما دام الأب والأم على قيد الحياة فالسلطة الأبوية هي الحاكمة فإن مات الأبوان تعين الوصي .

وقد يرث الولد أو يوصَى له فتكون له ثروة ، وحينئذ تكون إدارة أملاكه القانونية بمعرفة الأب ، وقد تعرض أحوال لا تكون الإدارة بيده ، وذلك :

1 – متى حكم بمنع الأب من مباشرة إدارة أموال ابنه فتتولى الأم مكانه بنفس السلطة التي كانت مخولة له بدون احتياج لإذن .

2 – في حالة الطلاق أو الفراق الجسماني فتكون إدارة أملاك الأطفال إلى من حكم لصالحه في ذلك وحكم بحفظه للأولاد .

3 – تعين المحكمة مديرًا لأملاك الطفل في حالتين :

أ – متى تعارضت مصلحة المدير مع مصلحة الطفل .

ب – إذا منع الأب والأم من إدارة أملاك ولدهما ، ولم يحرما قانونًا من حقوق الأبوين .

4 – إذا وهب أو أوصى شخص للطفل بأموال واشترط إدارتها بمعرفة واحد غير أبوي الطفل ، فله ذلك [1] .

بند [243] القانون الروماني

إن السلطة الأبوية كانت أولًا مؤسسة لمنفعة المباشر لها ، وكانت مستمرة لا تنقطع وخاصة بالأصول الذكور ، وليس لولد العائلة ملك خاص بل جميع ما يملك لرئيس العائلة ، فإن تعاقد على التملك فهو وسيط لرئيس العائلة ، ولا يمكنه جعل الرئيس مدينًا [2] .

ثم انحصرت حقوق رئيس العائلة في دائرة ضيقة في عصر القانون النظامي ، فكان للولد حق امتلاك بعض الأملاك من عمله ، وكان لرئيس العائلة الحق في إدارة بعضها والتمتع بإيرادها .

---

(1) انظر : البنود من 371 إلى 387 في الكتاب التاسع من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 84 : 87 .

(2) انظر : الباب التاسع من الكتاب الأول ، ص 20 والباب الثاني عشر من الكتاب الأول ، ص 28 – 31 من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني .

بند [244] التشريع الإسلامي

يجب على الأب لولده :

1 – التموين وهو كل ما يتوقف عليه وجود الولد من مأكل ومشرب ومسكن وملبس ، وهو واجب على الأب أصالة ، فإن افتقر الأب وجب الإنفاق على الأم (عند غير مالك فعنده لا تفرض نفقة على الأم لغير الرضاع وهو غريب) فإن كانت موسرة وأنفقت فلا ترجع بها على الأب ، فإن أنفقت والأب موسر وتعذر الإنفاق من مال الأب رجعت بما أنفقت . (مذهب مالك) ومذهب أبي حنيفة أن الأم أحق بالإنفاق على ولدها عند عسرة الأب على أنه يحق لها الرجوع على الأب [1] عند يساره ، فإن كان زمنًا عاجزًا عن الكسب نزل منزل المعدوم ووجبت النفقة على الأقرب فالأقرب على الترتيب السابق .

2 – واجب التعليم : يشمل تكوين الطفل أدبيًا وعقليًا واختيار أحسن دين وهو الإسلام . ولكن المشرع الإسلامي وضع قاعدة عامة في الدين ، وهي (أن الولد يتبع خير الأبوين دينًا) [2] ولو اختارا له غير ذلك لأن هذا حق عام ، فيجب تعليمه وتثقيفه ، فإن كان الولد فقيرًا والأب كذلك وجب على الأب تعليمه مهنة أو حرفة يتكسب منها ، فإن كان الولد غنيًا فنفقته من كل شيء حتى في تعليمه تكون في ماله لا في مال أبويه .وعلى الأب حفظ ولده إلى بلوغه عاقلًا في مسكنه أو في مسكن آخر تحت إشرافه المباشر فمحل إقامته مع والديه قانونًا [3] .

ولوالد الصغير أو وصيه إيجار صغير بما يرى فيه المصلحة له ونفقته إذًا في أجر عمله إلى 18 عامًا ، فله أن يذهب حيث يشاء إلا إذا خيف عليه الهلاك أو الفساد فلوليه منعه ، وبعد الثمانية عشر عامًا يتعاقد كما يشاء متى كان رشيدًا .

وللأب حق تأديب الصغير ، متى أساء ، إلى سن العاشرة بنصحه ثم زجره ثم

---

(1) جاء في الشرح الكبير : 524/2 أنه تجب نفقة الولد على أبيه الحر الموسر بما فضل عن قوته وقوت زوجته أو زوجاته حتى يبلغ عاقلًا قادرًا على الكسب فتسقط عن الأب ... وتجب نفقة (الأنثى) الحرة على أبيها حتى يدخل بها زوجها البالغ .

(2) قاعدة : الولد يتبع خير الأبوين دينًا .

(3) جاء في الشرح الكبير 527/2 : أن للأب وغيره من الأولياء تعهده عند أمه وأدبه وبعثه للمكتب . وجاء في حاشية الدسوقي 527/2 : (قوله وللأب تعهده) أي النظر في شأنه وقوله وأدبه . أراد بالأدب التأديب .

بضربه بإيلام لا يكسر عظمًا ولا يثخن لحمًا . فإن لم ينزجر ورأى فيه ميلًا للإجرام سلمه للحاكم ليقوِّمه بالزجر الرادع وبحبس حريته حتى يعود لرشده ويستقيم أمره ، وهذا التأديب يكون للوصي والأم أيضًا متى كانت وصية .

وإدارة أملاك الصغير تكون للأب مستور الحال ، غير مشهور بسوء تصرف ولا خيانة أمانة ، ويحمل تصرفه على السداد والمصلحة ، فإن تبين أن الأب أتلف مال الصغير أو أساء إدارته انتزعه الحاكم منه وسلمه لعدل يتصرف فيه لحساب الطفل ولو كانت أما ، فإن مات الأب عين القاضي وصيًّا إن لم يكن الأب عين له وصيًّا مختارًا (عند مالك) [1] ، وعند غيره الجد فالجد أحق من وصي القاضي إلا إذا أساء فيعين القاضي وصيًّا مسئولًا عدلًا ، وقد تعرض أحوال لا يكون الأب فيها مديرًا لأملاك ولده ، وذلك في حالة منعه من ذلك شرعًا كأن يكون سيئ السيرة مبذرًا متلافًا لأموال ولده ، وكذلك إذا وُقِفَ على الطفل أو وهب له مال بشرط أن لا يتولى إدارة الوقف أو بشرط في الهبة أن لا تجول يد الأب فيها وقبل الأب لولده بهذه الشروط ، فلا يتولى الأب ، ولكن يعين الحاكم من يرى فيه تحقيق مصلحة الصغير ولو كانت أما بل وهي أولى متى توفرت فيها المصلحة .

فإن تعارضت مصلحة الصغير مع مصلحة وليه عين الحاكم من يمثل مصلحة الصغير ويحافظ عليها ، وكذا إذا خيف ضياع أموال الصغير ولم يتقدم الأب لإدارتها وحفظها يعين الحاكم وصيًّا للقاصر .

بند [245] مدى سلطة إدارة أموال الطفل

القانون الفرنسي : إدارة أموال الأطفال القانونية هي فعل ما يفعل الوصي فقط أو بإذن مجلس العائلة ، ولا يمكنه عمل ما لا يعمله الوصي إلا بإذن المحكمة ، والواجبات المفروضة على الإدارة هي :

1 - يجب حصر أملاك الصغير وجردها وتحويل السندات التي لحاملها إلى سندات اسمية .

---

(1) يقول المواق : « واجبات النفقة ستة : الطعام والإدام والخادم والكسوة وآلة التنظيف والسكنى ... » . التاج والإكليل ج 4 ص 182 وما بعدها والكافي لابن عبد البر ص 298 .

2 - تجب إدارة الأملاك كأب عائلة حريص على أملاك ولده وهو مسئول عن الأملاك التي يديرها بمقتضى القانون العام ، ويجب استغلال مال الطفل متى زاد عن 1500 فرنك .

3 - يجب عمل حساب ختامي عند نهاية الإدارة وتجرى عليه قوانين محاسبة الوصي وتطبق عليه قوانينه .

وأسباب نهاية إدارة أموال القصر التي تنتهي بها الإدارة القانونية هي :

1 - في حالة نهاية السلطة الأبوية بالموت أو الحجر أو تعيين مجلس قضائي .

2 - في حالة المنع القضائي بصدور حكم يسلب حق الإدارة من الأب لأسباب هامة بناء على طلب النائب العام ، أو بناء على طلب الأب أو الأم إذا كانت الإدارة في يد غيرهما [1] .

بند [246] التشريع الإسلامي

إدارة أموال القاصر وحفظها تختلف باختلاف من يديرها ؛ فإن كان الأب وكان رشيدًا مشهورًا بالاستقامة أو مستور الحال فيتصرف في مال ولده كما يشاء بيعًا وشراء إلخ ، ويكون رائده دائمًا مصلحة الولد فتصرفه دائمًا محمول على المصلحة فلا يتعقب بحال ، ولكن لا بد من وجود سبب حقيقي يدعوه حتى لبيع عقاره [2] .

وإن كان غير الأب فيتصرف الوصي أو الحاكم في مال الصغير بما فيه مصلحته ، ولكن لا يبيع عقار الصغير إلا لسبب وبيِّنة تشهد بالمصلحة فلا يُصَدَّق الوصي أن البيع لمصلحة إلا إذا شهدت بيِّنة بذلك [3] .

---

(1) انظر : بند 451 في الفصل الثامن من الباب الثاني ، من الكتاب العاشر ص 101 وبندي 469 ، 470 في الباب التاسع من الكتاب العاشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 106 ، 107 .

(2) يقول الدردير : إن للولي الحق في بيع أموال وليه وإن لم يذكر السبب ، وإن كان لابد من سبب من الأسباب ، لكن لا يلزمه البيان مطلقًا إلا العقار مطلقًا إذا باعه (فبيان السبب) خلاف . وليس له أي للوصي هبة من مال محجوره للثواب ، لأن الهبة إذا فاتت بيد الموهوب له لا يلزمه إلا القيمة ، والوصي كالحاكم لا يبيع بالقيمة ، بخلاف الأب ثم يلي الوصي حاكم أو من يقيمه وباع الحاكم ما دعت الضرورة إلى بيعه من مال اليتيم بثبوت يتمه وإهماله وملكه لما بيع وأنه الأولى بالبيع من غيره . الشرح الكبير 299/3 ، 300 .

(3) يقول ابن رشد : إن الصغار بالجملة صنفان ذكور وإناث ، وكل واحد من هؤلاء إما ذو أب وإما ذو وصي وإما مهمل وهم الذين يبلغون ولا وصي لهم ولا أب . فأما الذكور الصغار ذو والآباء فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر إلا ببلوغ سن التكليف ...] راجع بداية المجتهد ج 2 ص 419 ومواهب الجليل ج ، 5 ص 60 ، 61 ، 62 ويقول الدردير [ويتصرف الولي على المحجور وجوبًا بالمصلحة العائدة على محجوره] الشرح الصغير ج 3 ص 156 ، 157 .

ويجب على مدير أموال القاصر غير الأب حصر أملاك الصغير قلّت أو كثرت والإشهاد لليتيم بما تحت يده من مال له ، وعلى الأب إذا كانت الأموال لها قيمة ، فإن كانت لا ينظر لمثلها نظر طمع فلا [1] .

ويجب على المدير حفظ رأس المال واستغلاله فيما يعود على القاصر بالمصلحة والمدير مسئول أبا أو غيره ؛ إذ ليس للوالدين حق إتلاف مال الصغير أو تبديده فيما لا فائدة منه تعود على الصغير . فإن أتلف الأبوان أو أحدهما شيئًا من مال الصغير ضمنا قيمته يوم التلف ، وكذا يضمن الأب متى فرط .

وتنتهي إدارة مال الولد بمعرفة أبيه بالموت أو الحجر أو بانتزاع مال الصغير من الأب لسوء إدارته ، ولكل شخص الحق في طلب إزالة يد الأب عن مال ولده إذا بدد أو أتلف فهو فرض كفاية [2] إذا قام به البعض سقط عن الباقين [3] .

بند [247] التمتع القانوني

القانون الفرنسي : التمتع القانوني ، وهو الحق المخول لأحد الأبوين الذي يباشر السلطة الأبوية من قبض إيراد الصغير وملك جزئه نهائيًا الزائد عن مصاريف الإدارة ومصاريف الطفل من جميع ما يحتاجه ، والسبب في ذلك أن المدة قد تطول ويجب على الأب تقديم حساب عن هذه المدة فيحصل في العائلة تنازع خصوصًا بعد بلوغ الطفل السن القانونية [4] .

---

(1) يقول الدرير : وحيازة الشهود له بأن يقولوا للحاكم ولمن وجهه الحاكم معهم هذا الذي حزناه وأطلعناكم عليه هو الذي شهدنا أو شهد بأنه ملك لليتيم خشية أن يقال بعد ذلك ما بيع ليس هو ما شهد بأنه ملك اليتيم فإن شهدت بينة الملك أنه بيت في المكان الفلاني صفته كذا وكذا ... كفت عن بينة الحيازة كما عندنا بمصر . الشرح الكبير 300/3 .

(2) يتفق ذلك مع المادة 104 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون ولا تخرج هذه الحدود عن رعاية مصالح المحجور عليهم .

وتطابق المادة 133 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية للمشروع في التعليق على المادة 104 .

(3) يقول الدردير [ويتصرف الولي على المحجور وجوبًا بالمصلحة العائدة على محجوره حالًا أو مالًا ... ولا يبيع الولي من وصي أو حاكم عقار يتيم أي لا يجوز له بيعه . الشرح الصغير ج 3 ص 156 . بداية المجتهد ج 2 ص 280 مواهب الجليل ج 5 ص 60 ، 61 .

(4) انظر : البنود من 384 إلى 387 في الكتاب التاسع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 109 ، 110 .

والقاعدة العامة أن جميع أملاك الطفل الثابتة والمنقولة تكون خاضعة إلى تمتع الأقارب القانوني ، ويستثنى من ذلك :

1 - الأملاك التي يملكها الصغير من عمله أو من آلة خاصة .

2 - الأملاك الموهوبة أو الموصى بها للطفل والمشروط فيها عدم تمتع الأبوين .

3 - الأملاك التي ورثها الطفل من شخص حرم أبوه وأمه من ميراثه .

تكاليف التمتع القانوني :

يتحمل المتمتع بأملاك الصغير ما يأتي :

1 - ما يجب على المتمتع بالريع العادي ما عدا تقديم ضامن ، وعلى المتمتع نفقة وتربية الطفل حسب حالته المالية .

2 - دفع الأموال المطلوبة على أملاك الصغير أو الفوائد المستحقة حتى ولو قبل إدارة أملاك الصغير .

3 - دفع تكاليف دفن ومعالجة الطفل من آخر مرضه وكذا تكاليف دفن ومعالجة آخر مرض لمورث الطفل .

أسباب انقطاع التمتع القانوني : ينقطع التمتع القانوني

1 - بفك الوصاية عن الولد وسقوط السلطة الأبوية .

2 - ببلوغ الطفل 18 عامًا فيحفظ صافي إيراده بعد مصاريفه الشخصية من جميع الوجوه سنة على الأخرى لكيلا يطمع أبواه في إبقائه تحت الولاية ما أمكنهما لمنفعتها ولإيجاد رأس مال للطفل عند فك وصايته يساعده على الحياة مستقبلاً

3 - بالتنازل ممن يملك حق التمتع القانوني .

4 - بموت الطفل .

بند [248] التشريع الإسلامي

ليس في الشريعة ما يقال له تمتع قانوني ، وإنما فيها أصل من جوامع الكلم للرسول العظيم ﷺ إذ يقول : (أنت ومالك لأبيك) [1] ومع هذا فقد اتفق الأئمة المجتهدون

(1) حديث ابن ماجه التجارات باب 64 والراوي عبد الله بن عمرو بن العاص .

على أن الأب يتصرف في مال ولده بما فيه المصلحة فيبيع ويشتري لولده ويتصرف كما يرى المصلحة ، ولا يستحق الولي من مال محجوره نفقة ولا أجرًا ، فإن كان محتاجًا أكل بالمعروف قدر الضرورة ، فإن اشتغل بسبب مال الصغير عن الكسب أخذ أقل الأجرين من الأجرة والنفقة بالمعروف ، فيحل للأب والأم إذًا الانتفاع بمال ولدهما بشرط الاحتياج والفقر فإن كانا في سعة فعليهما حفظ مال الولد .

ونفقة الولد ومصاريفه من جميع ما يحتاجه في ماله ، ومتى بلغ الصبي 18 عامًا رشيدًا محسنًا للتصرف دفع إليه أبوه ما بقي له من ماله بعد التصرف ، فإن اختلفا فالقول للأب بيمين [1] .

والقاعدة أن كل ما يملك الصغير من منقول وعقار يكون تحت إدارة أبيه [2] إلا الوقف فللناظر عليه في شرط الواقف ، وإلا المال الموهوب بشرط جعل إدارته لشخص آخر غير الأب .

والواجب على والد الطفل المتولي إدارة أملاك ولده حفظ وصيانة الأملاك بالإنفاق عليها بما فيه بقاء عينها ، ودفع نفقة التعليم وتربيته حسب حالته ، ودفع ما هو مطلوب على أملاك الصغير ، ودفع تكاليف مرض الصغير وما يلزم له من أطباء

---

(1) يتفق ذلك مع حكم المادة 97 من تقنين المذكرة الإيضاحية للاقتراح مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، وقد كان للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة الحق في تسلم أمواله وإدارتها بحكم القانون دون الحاجة إلى إذن ، ما لم يمنع من التصرف ، ثم جاء قانون المحاكم الحسبية الصادر في سنة 1947 ومن بعده قانون الولاية على المال الصادر سنة 1952 فاشترط كلاهما الإذن . وتقابل المادة 98 فقرة أولى من التقنين العراقي التي جاء فيها : للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة سنة مقدارًا من ماله ، ويأذن له في التجارة تجربة . ويكون الإذن مطلقًا أو مقيدًا . وكذلك المادة 101 فقرة أولى من التقنين العراقي التي تقول : « للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الإذن وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك » . كما تقابل المادة 119 فقرة أولى من التقنين الأردني التي تنص على أن : « للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ، ويأذن له في التجارة تجربة له ، ويكون الإذن مطلقًا أو مقيدًا » .

وكذلك المادة 122 فقرة أولى من التقنين الأردني التي تنص على أن « للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الإذن وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك » . انظر : المادة 968 وما يليها من المجلة العدلية . وتطابق في حكمها المادة 88 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في التعليق على المادة 97) .

(2) قاعدة : كل ما يملك الصغير من منقول وعقار يكون تحت إدارة أبيه ، إلا الوقف فللناظر عليه في شرط الواقف ، وإلا المال الموهوب بشرط جعل إدارته لشخص آخر غير الأب .

ودواء وكفن ودفن كما يقتضيه الشرع بلا تبذير ولا خروج عن المباح .

ويملك الصغير حق التصرف في أملاكه متى فكت عنه الوصاية أو سقطت عنه السلطة الأبوية ببلوغه رشيدًا 18 عامًا فتسلم إليه أمواله الباقية بعد احتساب جميع مصاريفه .

وبما أن حق رعاية الطفل من الصالح العام [1] فلا يجوز لأبيه أن يتنازل عن تعهده بالتربية والتعليم وحفظ ماله ، فإن فعل الأب أجبر على التربية والتعليم فإن تمادى على الترك عين القاضي للولد وصيًا يباشر مصالحه ، وبموت الصغير انتقل ماله لورثته [2] .

بند [249] القانون الفرنسي

أسباب حرمان التمتع القانوني :

يصح حرمان من له الحق في التمتع بمال الطفل للأسباب الآتية [3] :

أولًا – في حالة الحرمان من السلطة الأبوية يحرم من التمتع القانوني .

ثانيًا – في حالة تجاوز الحد في التمتع تطبيقًا للقاعدة العامة فيمن له حق استيفاء المنفعة .

ثالثًا – في حالة الطلاق ، فيحرم من صدر الطلاق ضده من حق التمتع القانوني .

رابعًا – في حالة عدم إحصاء ودرج أملاك الزوجين العامة بعد وفاة أحدهما .

تلاشي السلطة الأبوية :

أسباب تلاشي السلطة الأبوية هي :

1 – فك الوصاية .
2 – بلوغ الرشد بتمام 21 سنة كاملة .
3 – موت الأب أو الأم .
4 – سقوط السلطة الأبوية .

سقوط حقوق السلطة الأبوية : قد يتجاوز الأبوان سلطة التصرف في أموال الطفل حد المعقول فيضر ذلك بالولد ماديًا وأدبيًا ، فجعل القانون السلطة للمحكمة في إسقاط حقهما .

(1) قاعدة : حق رعاية الطفل من الصالح العام .

(2) يقول ابن جزي : « أولاد الصلب تجب نفقتهم على والدهم بشرطين : أن يكونوا صغارًا وأن لا يكون لهم مال ويستمر وجوب النفقة على الذكر إلى البلوغ وعلى الأنثى إلى دخول الزوج بها » .. القوانين الفقهية ص 167 حاشية الرهوني على شرح الزرقاني ج 40 ص 223 .

(3) انظر : البنود من 242 إلى 249 في الفصل السابع من الباب الثاني من الكتاب العاشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 57 : 59 .

سقوط السلطة الأبوية قسمان : (سقوط قانوني وسقوط قضائي) .

فالسقوط القانوني أو القهري هو الذي ينتج بموجب القانون من غير حكم كنتيجة حتمية لبعض أحكام جنائية .

والسقوط القضائي أو الاختياري هو الذي ينتج عن حكم يصدر به ، ويكون موضوعه خاضعًا لبحث المحكمة وتقديرها . وأحوال السقوط القهرية هي :

1 - الحكم لتحريض ولده على فساد أخلاقه .

2 - الحكم لجناية وقعت على شخص واحد من أولاده .

3 - الحكم لجناية وقعت بالاشتراك مع واحد أو أكثر من أولاده .

4 - الحكم الثاني لجنحة وقعت على شخص واحد من أولاده .

5 - الحكم الثاني لتحريض ولد قاصر أجنبي منه عادة على فساد أخلاقه .

السقوط الاختياري : يجوز للمحكمة الحكم بسقوط السلطة الأبوية في الأحوال الآتية :

1 - الحكم في جناية ضد الهيئة الاجتماعية أيا كانت .

2 - الحكم الثاني لحجز أو إخفاء مستندات أو لترك ولده أو عربدة .

3 - الحكم الثاني للسكر البين العام .

4 - الحكم بموجب قانون 7 ديسمبر سنة 1874على الصنائع المتنقلة (الجائلة) .

5 - الحكم الأول لتحريض القصر على إفساد الأخلاق .

6 - عندما يوضع الطفل بإصلاحية الأطفال عقب ارتكاب جناية أو جنحة . ارتكبها لعدم تبصر في العواقب وللإهمال . وعلاوة على ما ذكر فإن السُّكْر البين والسلوك المشين أو الفاضح ومعاملة الطفل بما يعرض صحته وطمأنينته أو آدابه للخطر ، كل هذا يعطي للمحكمة الحق في إسقاط السلطة الأبوية .

والذي له الحق في طلب إسقاط السلطة الأبوية هم أقارب الصغير حتى العم الشقيق أو النائب العام .

والمحكمة الابتدائية المدنية التابع لها محل إقامة أو سكن الأب أو الأم هي المختصة ؛ فتنظر القضية في غرفة الشورى ، وتنطق بالحكم علنًا فقط .

وتجوز المعارضة في الحكم الغيابي لمدة ثمانية أيام متى أعلن المدعى عليه شخصيًا ومدة سنة إذا أعلن في سكنه ، ويجوز الاستئناف لمدة ثمانية أيام فقط ، على أنه يجوز للمحكمة إصدار أوامر احتياطية لصالح الطفل مدة نظر القضية كما ترى .

بند [250] التشريع الإسلامي

التمتع بمال الصغير بالمعنى المفهوم في القوانين الوضعية هو منحة من القانون يصح سلبها من الأبوين متى حصل سبب مما ذكر فيما سبق . ولكن المعنى المفهوم من النصوص الشرعية أن الانتفاع بمال الولد لوالديه مقيد بالحاجة والعوز فيأخذان بالمعروف من مال الصغير بقدر الضرورة فإباحة الأخذ من مال الصغير مرتبطة بعلة وجودها ، وهو الفقر والفاقة ، فمتى كان الأب فقيرًا استحق النفقة بشروطها من مال ولده فإساءته إلى مال ولده لا تحرمه من حق النفقة ، وإنما إساءته في إدارة أملاك الطفل وتبديده لها يجعل القاضي ينزع المال من يده ويسلمه إلى أمين يستغله لمصلحة الصغير مع إعطاء الوالد النفقة إذا تحققت شروط فرضها فلا علاقة إذًا بين حق التمتع للوالدين بمال الولد وإساءة الاستعمال ، إنما العلاقة بين الإدارة للأموال وسوء الاستعمال . وعلى هذا الأساس وهذه الفكرة نذهب بالمقارنة الآتية :

لا يحرم الأب من فرض النفقة وأخذها من مال ولده إذا حرم من السلطة الأبوية [1] ، أو تجاوز الحد في التمتع ، أو في حالة الطلاق ، أو حال عدم إحصاء مال الصغير ، وإنما تنتزع منه أموال ولده في حالة عدم الأمانة أو تجاوز الحد في الإسراف في مال الولد وتسلم لأمين غيره .

فإن فكت الوصاية عن الولد بأن كان أبوه موجودًا لبلوغه ورشده بعدم صرف ماله في شهواته وملذاته ، فإن كان له وصي عينه الأب أو عينه الحاكم فلا بد من فك الوصاية عنه أمام القاضي بشهادة حسن تصرفه وتبصره ، أو مات الأب ، أو حكم بسلب السلطة الأبوية وبلغ رشده فقد تلاشت السلطة الأبوية في التربية والتعليم وأصبح الولد حرًا طليقًا يتصرف كما يشاء من جميع التصرفات .

فإن تجاوز الأب حدود المعقول ، وأساء التصرف ؛ فأضر بالولد ماديًا وأدبيًا

(1) قاعدة : لا يحرم الأب من فرض النفقة وأخذها من مال ولده إذا حرم من السلطة الأبوية .

فالسلطة للقاضي في انتزاع أموال الولد من تحت يد أبيه ووضعها عند عدل يديرها بحكمة وتبصر ، فإن لم يكن قاض أو كان وكان جائرًا ظالمًا فلجماعة المسلمين ذلك . فإن كان الحاكم عادلًا فلا ينتزع مال الصغير من يد أبيه إلا بحكمه بنزعه .

فإن حكم على الأب للتحريض على الفسق أو لجناية على ولده أو بالاشتراك مع ولده أو لإفساد وتحريض على الفسق لقاصر اعتبر فاسقًا وغير رشيد ويدخل الشك في تصرفه انتزع الحاكم منه ولده ووضعه تحت يد أمين كما يضمنه مال قاصره الذي فرط فيه وأتلفه [1] .

أما الحكم في حد ذاته لجناية ارتكبها في الهيئة الاجتماعية كسرقة أو قتل أو سم إلخ فلا يكون داعيًا لعزله من إدارة أموال ولده غير أنه في السجن لا يمكنه مباشرة مصالح ولده ؛ فيقيم الحاكم من يتولى شئون المسجون ويدير أموال ولده ، ولا يقضي هذا بعدم فرض نفقة له في مال ولده متى كان فقيرًا .

وكل عمل يستوجب انحطاط الأخلاق كسكر بيِّن أو سلوك مشين أو فاضح أو معاملة للطفل بما يعرض صحته وطمأنينته أو تربيته وأخلاقه للخطر ، كل هذا يعطي القاضي الحق في إسقاط سلطته الأبوية دون حقه في الأكل بالمعروف من مال ولده الموسر متى كان فقيرًا .

والذي له الحق في رفع الأمر للحاكم الأقارب ثم الأجانب ثم النائب العام عن الهيئة الاجتماعية ، وأما اختصاص المحاكم والمعارضة والاستئناف فهذه ترجع إلى قانون الإجراءات (المرافعات) [2] .

بند [251] حالة الطفل بعد إسقاط السلطة الأبوية

القانون الفرنسي : حالة الطفل تتغير تبعًا لمن أسقط حقه كما يأتي :

إذا كان الأب هو الذي سقط حقه فالمحكمة تقرر أن الأم تباشر ما كان للأب من حق ، وإذا كانت الأم عاد الحق للأب كما هو مقرر قانونًا ، وإذا أسقط حقهما معًا عين للطفل وصي يحافظ على حقوقه في حدود الوصاية وإلا سلم الطفل لملجأ عام للأطفال .

(1) تجب النفقة للأبوين بشرط أن يكونا فقيرين ، ولا يشترط عجزهما عن الكسب ، ولا يجب أن ينفق الجد على ابن ابنه ، ولا ابن الابن على الجد ... القوانين الفقهية ص 167 .

(2) راجع في ذلك الشرح الصغير ج 3 ص 155 ، 156 ، 157 وبداية المجتهد ج 2 ص 279 وما بعدها وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني ج 5 ص 326 .

ومتى صدر عفو عن آثار الجريمة التي ارتكبها الأب أو أعاد إليه القانون اعتباره أمكن عودة الحق إليه في مباشرة سلطته الأبوية .

السلطة الأبوية للأب والأم الطبيعيين : قانون 2 يوليو 1907 - السلطة الأبوية على الأولاد الطبيعيين المعترف بهم تكون أصالة للأب والأم حسب الاعتراف به ، فإن مات أحدهما حل محله الآخر ، ومع ذلك يجوز للمحكمة نظرًا لمصلحة الطفل جعل السلطة الأبوية لغير من يستحقها أولًا .

السلطة الأبوية للولد الطبيعي مثلها للولد الشرعي إلا فيما يأتي :

1 - التمتع بأموال الطفل الطبيعي لأبويه الطيعيين جائز كالولد الشرعي أي أن المحكمة تعين هنا مشرفًا على أموال القاصر .

2 - إدارة الأملاك القانونية للولد الطبيعي لا تسلم لأبويه الطيعيين مطلقًا بل يجب أن يعين وصي لذلك [1] .

بند [252] التشريع الإسلامي

متى سقط حق الأبوة عن الطفل لأبيه تعين إقامة وصي له يمثل مصالحه إن كان له مال ووضعه عند أمين محافظة عليه فإن كانت الأم وكانت مستوفاة للشروط الشرعية فهي أحق . وليس للطفل الطبيعي وجود في التشريع الإسلامي فإما ولد شرعي وإما ولد زنى ، فالولد الشرعي تقدمت أحكامه ، وولد الزنى تتولى الهيئة الاجتماعية تربيته وتعليمه ، فإن وهب له أحد مالا أو وقف عليه فالحاكم هو الذي يقبل عنهم أو نائبه أو وصيه ؛ فيعينٌ من قَبله من يدير هذه الأملاك ويستغلها لمصلحة القاصر ، ومتى بلغ رشيدًا سلمت إليه أملاكه [2] .

---

(1) انظر : بند 383 في الكتاب التاسع ص 86 وانظر : البنود من 390 إلى 396 في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب العاشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 88 : 90 .

(2) يقول الدردير في إثبات الحجر على الصغير لأبيه أو وصيه وإلا فللحاكم إن وجد منتظمًا ، وإلا فجماعة المسلمين . الشرح الصغير ج 3 ص 151 وجاء في الشرح الكبير 292/3 : في بيان أسباب الحجر وأحكامه ومنها الدين ومنها الجنون والصبا والسفه والمرض وأشار إلى ذلك بقوله المجنون بصرع أو استيلاء وسواس ، محجور عليه من حين جنونه لأبيه أوصيه إن كان جن قبل بلوغه وإلا فالحاكم إن كان ، وإلا فجماعة المسلمين .

نتيجة المقارنات من بند 239 إلى بند 252

يتفق التشريعان فيما يأتي : السلطة الأبوية (في الجملة) - واجبات السلطة الأبوية (واجب التموين والتربية والتعليم) (في الجملة) - واجب الحفظ - واجب التأديب - إدارة أموال الصغير - مدى سلطة إدارة أموال الطفل (في الغالب) - نهاية إدارة أموال القاصر - أسباب تلاشي السلطة الأبوية - سقوط حق السلطة الأبوية (في الجملة) .

ويختلفان فيما يأتي : التمتع بأموال الطفل قانونًا - أسباب انقطاع التمتع المذكور والحرمان منه .

بند [253] عديم الأهلية وحمايته

القانون الفرنسي : عديم الأهلية هو الشخص الذي لا يمكنه التصرف في حقوقه المدنية قانونًا (1) .

وأسباب عدم الأهلية المختلفة هي :

1 - الزواج بالنسبة للمرأة .　　2 - السن بالنسبة للقاصر .

3 - فساد الصفات العاقلة بالنسبة للمجنون وضعيف الفكر والمبذر .

4 - الحكم بعقاب بدني مخل بالشرف للحجر القانوني .

اختلاف أحكام عديمي الأهلية : ليس كل عديم للأهلية ينطبق عليه قانون واحد ، فالمرأة المتزوجة تخضع لنظام إذن الزوج ، والقاصر الذي لم تفك وصايته والمحجور عليه قضائيًا والمحجور عليه قانونًا يكونون خاضعين لنظام الوصي ، ويمثلهم في كل الأعمال القضائية وكيل قانوني (الوصي) الذي يعمل تحت مراقبة المشرف ، والمعتوه يوضع في مؤسسة عامة خاصة بالمجانين تحت نظام خاص ، والقاصر المرفوع عنه الحجر يكون تحت الوكالة فله إدارة أمواله وما يلزم لذلك ، فإن وجد عمل أزيد من ذلك فلا بد من الوكيل أو مجلس العائلة أو المحكمة .

وضعيف العقل والمبذر ليس لهما مباشرة بعض الأعمال إلا بحضور مستشار قضائي .

بند [254] القانون الروماني

عديم الأهلية : في القانون الروماني أن الشخص الذي يملك ثلاثة أشياء يكون أهلًا للتصرف قانونًا ، وهي أن يكون له عائلة ، وأن يكون حرًا ، وأن يكون مواطنًا .

ولوجود أحد أسباب ثلاثة تكون عقبة في سبيل امتلاك أهليته الشخصية القانونية وهي : السن ، التغير العقلي ، الجنس (الأنوثة) ، فحينئذ توجد عدم الأهلية القانونية فيجب إقامة وصي أو قيم ليمثل عديم الأهلية قانونًا .

وكانت الوصاية والقوامة لصالح الوصي أو القيم ومنفعته لا لحفظ مصالح

---

(1) انظر : بند 217 في الباب السادس من الكتاب الخامس ص 52 ، وبند 388 في الباب الأول من الكتاب العاشر ، وبند 489 في الباب الثاني من الكتاب الحادي عشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 111 .

القاصر ، ثم تطورت الفكرة إلى حماية عديم الأهلية والمحافظة على أملاكه ففرضت قيود وواجبات على الأوصياء والقوام لمصلحة من في حمايتهم .

والأشخاص الذين تحت الوصاية هم :

1 - الأيتام من الجنسين .

2 - النساء الأيتام تحت الوصاية مدى الحياة . والذين تحت القوامة هم :

1 - المجانين . 2 - المسرفون والمبذرون .

3 - القصر الذين بلغوا 25 سنة فما فوق .

وصي القاصر :

الوصاية سلطة وضعت على شخص حر ونظمت ، وأجازها القانون المدني لحماية الذين لا يمكنهم الدفاع عن مصالحهم هم أنفسهم .

السن :

وحدد سن الولد اليتيم في الأنثى بإحدى عشرة سنة ، وفي الذكر بأربع عشرة سنة لإقامة وصي عليهما [1] .

بند [255] التشريع الإسلامي

عدم الأهلية الشرعية في الشخص يرجع إلى نقص فيه يجعل مصالحه في خطر . والنقص إما لخلل في التكوين العقلي كالمجنون والأبله ، وما يلحق بهما كالصغير إلى دون العشر ، وإما لعارض طارئ من حوادث خارجة كالسفه والتبذير ، وإما لعدم استكمال دراية في الحياة كالقاصر بعد العشر إلى 18 سنة أو 21 سنة .

وأسباب عدم الأهلية : السن بالنسبة للقاصر ، والجنون ، والعته ، والغفلة ، والسفه ، والتبذير ، والدَّين ، والزواج للأنثى ، والمرض المميت في التبرع بما زاد عن الثلث فقط (عند مالك) وعند الشافعي وأبي حنيفة وأحمد لا يحجر على المرأة المتزوجة في شيء إطلاقًا .

وأما الزواج عند غير مالك والحكم بعقاب بدني مخل بالشرف فلا يستلزمان الحجر ، لكن نظرًا لأن السجين قد سلبت حريته في إمكانه التصرف في أملاكه بالفعل فيجب

(1) انظر : الباب الثالث عشر ، من الكتاب الأول في الوصايات ص 32 - 33 من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني .

إقامة وكيل له أو تنصيب قيم على أمواله يحافظ عليها ويديرها حتى يقضي مدة السجن .

ولكل من عديمي الأهلية حكم أو أحكام تخصه ، فزواج الأنثى عند مالك ومرض الموت كلاهما خاضع لعدم التبرع من أملاكه بما زاد عن الثلث ، والجنون والعته والسفه والتبذير خاضع لنظام القوامة ، وكذلك الولد حال وجود أبيه خاضع لنظام الولاية ، والولد مع وجود جده عند غير مالك خاضع لنظام الولاية ، والولد عند عدم الأب أو الجد خاضع لنظام الوصاية وسيأتي ذلك في محله مفصلًا [1] .

بند [256] الوصاية على القاصر الذي لم تفك وصايته

القانون الفرنسي : الوصاية هي نظام موضوع لحماية مصالح القاصر مع تسليم العناية بشخصه وبأملاكه إلى وصي مكلف بتمثيله في كل أعماله القضائية تحت مراقبة مشرف أو مجلس عائلي أو محكمة مدنية ، وتوجد الوصاية عند وجود أحد أمور ثلاثة :

أولًا – موت أحد أبوي الطفل الشرعي : فالسلطة الأبوية لا تزول مرة واحدة فتبقى بالنسبة لشخص الطفل وكذا التمتع القانوني بأملاكه ونظام الإدارة القانونية يستبدل بنظام الوصاية . فإن مات أحد الأبوين الباقي اختفي نظام السلطة الأبوية .

ثانيًا – سقوط السلطة الأبوية : فمتى حكم بسقوط السلطة الأبوية عن الأب والأم يُحلّ نظام الوصاية .

ثالثًا – الغيبة : في مدة افتراض الغيبة لا يعين الوصي ، ولكن تتخذ الاحتياطات الواجبة للمحافظة على مصالح الصغير ، فإن وجد أحد الأبوين مدة افتراض غيبة الآخر تولى الحقوق الأبوية ، فإن اختفى الموجود منهما بعد غيبة الآخر عُين مجلس العائلة من أقرب الأجداد والجدات إن وجدوا ، وإلا عين وصي مؤقتًا .

وبعد إعلان الغيبة يُفْرَض الغائب ميتًا فإن بقي أحد الزوجين باشر حقوق الأبوين مع وجود الوصاية ، فإن لم يكن موجودًا انفرد ونظام الوصاية فقط .

توجد الوصاية في محل إقامة القاصر وقت حدوث العمل الذي نتجت عنه

---

(1) يقول الدردير عن أسباب الحجر إنها سبعة ، خمسة عامة واثنان خاصان بما زاد على الثلث وأشار للخمسة العامة بقوله فلس بالمعنى الأعم والأخص وجنون بصرع وصبا وتبذير ورق وأشار للاثنين الخاصين بقوله ومرض متصل بموت ونكاح بزوجة] الشرح الصغير ج 3 ص 151 ومواهب الجليل ج 5 ص 57 وما بعدها وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني ج 5 ص 326 .

الوصاية ، فيجتمع مجلس العائلة ويعين الوصي وتختص المحكمة المدنية التابع لها محل إقامة القاصر بكل عمل يتعلق بأمواله إلخ .

قانون سنة 1917 أباح للمرأة أن تكون وصية أو مشرفة أو عضوًا بمجلس العائلة أو ولية (وكيلة تركة) ، ولكنه قيدها بما يأتي :

أولًا – لا يجوز للمرأة المتزوجة أن تكون وصيًا أو مشرفًا أو وليًا بدون إذن زوجها لأنها ما دامت متزوجة فزوجها يعتبر وصيًا ثانيًا .

ثانيًا – المرأة ليست ملزمة بقبول الوصاية بل لها طلب معافاتها منها [1] .

بند [257] التشريع الإسلامي

الوصاية والقوامة والولاية صفة لحالة توجد بشخص عديم الأهلية الشرعية تقتضي تعيين شخص آخر وصيًا أو قيمًا أو وليًا عليه للعناية بشخصه وحياته فيما يحتاج إليه وليمثله في الأعمال القضائية تحت رقابة مشرف أو مجلس عائلي (مجلس حسابي) أو الحاكم ، فتوجد الوصاية متى مات أبو الطفل عند مالك وأبوه وجده عند بقية الأئمة الثلاثة . وقد تُعين الأم وصيًا متى استوفت شروط الوصاية . وإن أساء الأب إلى ولده في نفسه وماله انتزع منه ، ووضع عند أمين ، وعين وصي يراعي مصالحه ويدير شئونه . وقد تكون الأم أيضًا . فإن غاب الأب غيبة منقطعة لا يعلم مكانه ولا حياته ولا موته ، فإن كان له وكيل أقامه قَبْل غيبته فِبَها ، وإلا عين الحاكم أمينًا من طرفه يحافظ على مصلحته ويتولى شئون أمواله وإدارتها . وبعد إعلان وفاته والحكم بها يقتسم الورثة التركة ، ويعين وصي على نصيب القصَّر . والوصاية توجد حيث يوجد الصبي . وتصلح الأم وصيًا ومشرفًا متى استوفت شروطها وهي الرشد والعقل والأمانة سواء أكانت متزوجة أم لا ، ولها الحق في قبول الوصاية وعدم القبول كالذكر سواء بسواء [2] ، على أنها لو كانت متزوجة ، وكان قبولها الوصاية أو الإشراف يضيع حق زوجها عليها

(1) انظر : بند 397 وبند 402 وبند 405 ، في الباب الثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 90 ، 91 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 452/4 : أنه كثيرا ما كان يحدث أن يموت الرجل عن أولاد صغار ولم يوص عليهم فيتصرف في أموالهم عمهم أو أخوهم الكبير أو جدهم بالمصلحة ، فهل هذا التصرف ماض أو لا ؟ وهل للصغار إذا رشدوا إبطاله ؟ ذكر أشياخنا أنه ماض لجريان العادة بأن من ذكر يقوم مقام الأب ، لا سيما في هذه الأزمنة التي عظم فيها جور الحكام بحيث لو رفع لهم حال الصغار لا ستأصلوا مال الأيتام .

أو يدعوها للخروج لمباشرة مصلحة العمل بدون رضاء وإذن زوجها فلا يجوز لها ذلك ، وللزوج منعها محافظة على حقه عليها [1] .

بند [258] نظام الوصاية

القانون الفرنسي : للوصي ثلاثة أنظمة :

1 - الوصي وهو أساس التنفيذ .

2 - المشرف وهو مراقب تصرفات الوصي وينوب عنه عند تغيبه .

3 - مجلس العائلة وهو أساس الاستشارة .

الوصي يشمل أربعة أنواع :

1 - الوصاية القانونية للباقي من الأبوين بعد وفاة الآخر .

2 - الوصاية الموصى بها (الوصي المختار) .

3 - الوصاية القانونية للأصول . 4 - وصي القاضي أو المعين .

أولًا - وصاية أحد الأبوين الباقي بعد وفاة الآخر : وضع القانون قاعدة لذلك وهي (أن وصاية الولد القاصر الذي لم تفك وصايته يتعلق حقها بالأب أو الأم) غير أن القانون خص الأم بما يأتي :

1 - للمرأة الحق في رفض قبول الوصاية ، وعليها البقاء حتى يعين بدلها ، وليس للأب إلا القبول .

2 - للأب الحق في تعيين مستشار للمرأة بعد وفاته فلا تنفرد المرأة في إدارة أملاك أولادها ، بل لا بد من أخذ رأي هذا المستشار الذي يتم تعيينه إما في وصيه أو أمام قاضي الصلح أو أمام مسجل العقود .

3 - متى مات الأب وترك زوجته حاملًا يعيَّن مدير لأملاك الحمل المستكن بواسطة مجلس العائلة حتى تضع الأم فتصبح وصية ، ويصبح المدير مشرفًا .

---

(1) يقول الحطاب : وحضانة الذكر للبلوغ والأنثى للأم والحضانة هي حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه . وحكى ابن رشد والمتيطي الإجماع على وجوب كفالة الأطفال الصغار لأنه خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه ، فهو فرض كفاية إن قام به قائم سقط عن الثاني ، لا يتعين إلا على الأب والأم في حولي رضاعه إن لم يكن له أب ولا مال أو كان ولا يقبل غيرها . مواهب الجليل ج 4 ص 214 وما بعدها وحاشية الرهوني على الزرقاني ج 4 ص 349 .

4 – إذا أرادت الوصية أن تتزوج فعليها دعوة مجلس العائلة للنظر في أمر الوصاية ، وحينئذ يجوز للمجلس إبقاؤها في الوصاية ويكون زوجها متضامنًا معها في كل عمل يحصل مضرًّا بالتركة بعد الزواج ، وإن تزوجت بدون دعوة مجلس العائلة سقط حقها في الوصاية بموجب القانون ، ويضمن زوجها معها كل ضرر يلحق بالتركة حتى فيما قبل الزواج .

ثانيًا – الوصي المختار : وهو عمل فيه تعيين شخص خاص وصيًّا على طفل من أب أو أم حال حياتهما ، ويجب أن يصدر هذا من أحد الأبوين الباقي بعد وفاة الآخر .

وطريق التعيين عمل إشهاد أمام مسجل العقود أو ذكر ذلك في وصية أو أمام قاضي الصلح . إذا تزوجت الأم وكانت هي الباقية فإن بقيت وصية جاز لها تعيين الوصي المختار بشرط مصادقة مجلس العائلة على ذلك ، وإن خرجت من الوصاية فليس لها تعيين الوصي المختار . الوصي المختار حر في قبول الوصاية وعدم قبولها إلا إذا كان في درجة توجب عليه قبولها لمصلحة القاصر إذا لم يعين .

ثالثًا – الوصاية القانونية للأصول : تكون الوصاية للأصول قانونًا بشرطين .

1 – أن يكون الباقي حيًّا من الأبوين قد احتفظ بالوصاية وبقي وصيًّا إلى وفاته فإن انقطعت تعين وصي الحاكم .

2 – ألا يعين أحد الأبوين المتوفى أخيرًا وصيًّا مختارًا .

وحق هذه الوصاية يكون للأصول الأقربين ، وعند الاتحاد في الدرجة يختار مجلس العائلة الوصي ذكرًا أو أنثى بدون تفضيل شجرة الأب على شجرة الأم .

رابعًا – الوصي المعين ، وهو المعين بمعرفة مجلس العائلة ، ويكون ذلك عند عدم وصي قانوني ولا وصي مختار ، أو كان الوصي الشرعي أو المختار لا يمكنهما مباشرة عملها أو الاستمرار فيه لأي سبب قانوني .

ويمكن طلب التعيين ممن يهمهم الأمر كأقارب القاصر أو دائنيه فيطلبون انعقاد مجلس العائلة لاختيار الوصي [1] .

---

(1) انظر : البنود من 390 إلى 405 ، في الباب الثاني ، من الكتاب العاشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 88 : 91 .

بند [259] القانون الروماني

الوصي ثلاثة أنواع [1] :

1 - **وصي الوصاية** (الوصي المختار) ، والذي له الحق في تعيين الوصي في وصيته هو أب العائلة فقط (رئيسها) على ولده ، ويجب أن يعين الوصي في الوصية .

2 - **وصي قانوني** ، وهو وارث القاصر في المستقبل فهو خاص بأقارب القاصر الأقرب فالأقرب .

3 - **وصي القاضي** ، وهو الذي يعينه القاضي للقاصر الخالي من الوصاية .

وليس للوصي على شخص القاصر أي سلطان ، وإنما يضع القاضي القاصر عند أمه أو عند من يرى فيه مصلحة له ، والوصي يتسلط على إدارة أموال القاصر فقط بأحد أمرين ، إما أن يحضر معه القاصر وهو يمثله في العقود والأعمال الرسمية ، وإما أن يعمل معه كمدير لأملاك القاصر بدون تدخل القاصر ، ففي الحالة الأولى يكون القاصر نفسه مالكًا ودائنًا ومدينًا وهو المتعاقد فقط لنقصه الذي كمله الوصي ، وفي الحالة الثانية يكون الوصي هو المالك وهو الدائن والمدين إلخ لأنه يعمل كوكيل للقاصر والوكيل لا يملك ولا يتعاقد لموكله بل له نفسه ، ثم ينقل هذه الالتزامات مرة أخرى لموكله .

ويتعين وجود القاصر مع وجود الوصي في العمل الشخصي والذي لا يتم إلا بوجود شخصه كالعتق وبلوغ الرشد ، ويوجد الوصي فقط في حالة كون اليتيم طفلًا وحدد بست سنوات .

بند [260] التشريع الإسلامي

للمحافظة على أموال القاصر ثلاث طرق .

1 - الولي الشرعي والوصي ، وهما أساس التنفيذ والمحافظة والمسئولية .

2 - المشرف ، وهو الذي يراقب تصرفات الوصي فيرشده لما فيه الرشد والصلاح في أموال القاصر متى طلب الوصي منه ذلك ، ويبلغ الحاكم متى رأى تقصيرًا أو إتلافًا في مال القاصر ولا ينوب عن الوصي في شيء إلا إذا قرر المجلس الحسابي ذلك .

3 - مجلس العائلة وهو المعروف في القطر المصري (بالمجلس الحسابي) . والوصاية نوعان :

1 - وصاية مختارة .

---

(1) انظر : الأبواب من الثالث عشر إلى العشرين من الكتاب الأول من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ص 32 – 44 .

2 - وصاية الحاكم أو مجلس العائلة ، ولا وصاية قانونية لمن بقي حيًّا من الزوجين ؛ لأنه إن بقي الأب فهو ولي شرعي ، وإن بقيت الأم فلا وصاية لها بموجب القانون ، فإن كانت أهلًا للوصاية أقامها القاضي وصيًّا في مجلس العائلة ، ولا وصاية قانونية للأصول ، وإنما الولاية للجد بعد موت الأب عند غير مالك [1] .

المرأة كغيرها في جواز قبول الوصاية المختارة من الأب وفي جواز ردها في حياة الموصي ، وللموصي عزل وصيه زوجة أو غيرها بغير موجب ، فإن قبل الوصي ذكرًا أو أنثى أو مات الموصي فليس للوصي عزل نفسه . وللأب أن يشترط في وصيّه عدم الانفراد بالرأي فيعين له مستشارًا ، ويجب على الوصي عدم مخالفة شرط الموصي في ذلك ذكرا أم أنثى .

إذا كانت الزوجة حاملًا وقت وفاة زوجها فعلى الحاكم في مجلس العائلة ، (المجلس الحسابي) إقامة الزوجة أو غيرها وصيًّا على الحمل المستكن ، ويبقى الوصي المعين بعد الولادة كما كان قبلها .

للزوجة الوصية أن تتزوج من غير استشارة أحد لأن هذه مسألتها الشخصية ، والزواج ليس سببًا في العزل إلا إذا أعجزها عن القيام بما فيه المصلحة ، نظرًا لحقوق زوجها أو منعها زوجها من ذلك فيعين الحاكم بدلها لعجزها لا لزواجها ، وهي ضامنة وحدها في أملاكها متى قصرت في الإدارة حتى لحق التركة ضرر عمدًا أو أتلفت منها شيئًا ، ولا يضمن زوجها لأن الضمان يجب أن يكون بطريق القبول والرضا لا بطريق التبع [2] ، إذ إن العقود ومنها الضمان مبنية على القبول صراحة [3] .

والوصي المختار على السفيه أو الصغير يكون بوصاية الأب الرشيد فقط أو وصي الأب متى أذنه بذلك أو وصي وصي الأب كذلك ، ووصي الأب أولى من الجد عند من يرى أن الجد ولي شرعي ، وأما وصي القاضي فالجد مقدم عليه عند غير مالك ، وأما عند الإمام مالك فوصي القاضي قبل الجد ، وقد يجوز أن يكون نفس الجد ، وليس للأم

---

(1) جاء في الشرح الكبير 452/4 أن الذي يوصي على المحجور عليه لصغر أو سفه أبوه الرشيد ، أو وصيه أو وصي وصيه ولا كلام لمقدم قاض ، وللأم أن توصي على أولادها بشروط منها أن يقل المال الموصى لهم بسببه ، كستين دينارا ، وألا توصي في نكاح .

(2) قاعدة : ينشأ الضمان بالقبول والضمان هنا بمعنى الكفالة .

(3) قاعدة : العقود مبنية على القبول صراحة أو دلالة .

تعيين الوصي المختار إلا إذا قل المال عرفًا فلا وصية لها في إنكاح الصغير ، ولا في كثير المال ، وألا يكون للأولاد ولي من أب أو وصي أو مقدم القاضي [1] وأن يكون المال القليل موروثًا عنها ، فإن وهبت أو تصدقت بأموالها فلها أن تجعل ناظرًا على ذلك متى شاءت ، قل المال أو أكثر ، ولو كان للأولاد أب أو وصي .

وزواج الزوجة الباقية بعد وفاة زوجها لا يمنعها من إقامة وصي متى توافرت شروط ذلك ولا دخل لمجلس العائلة في ذلك .

الوصي المختار حر في قبول الوصاية وردها حال حياة الموصي ، فإن قبل أو مات الموصي فليس للوصي عزل نفسه ، فإن عجز عن القيام بالوصاية نظر القاضي في تعيين آخر يشترك معه بدون عزله .

ليس في التشريع الإسلامي وصاية قانونية ، وإنما يصح أن تكون ولاية على غير مذهب الإمام مالك فإنه متى مات الأب ، ولم يترك وصيًا مختارًا كان الجد وليًا شرعيًا يقوم مقام الأب بلا تدخل من مجلس العائلة ، فإن عين الأب وصيًا مختارًا فهو مقدم على الجد ولو كان زوجة .

وحق الوصاية يكون للأقربين بشرط الأمانة وتحقق ما فيه مصلحة الصغير .

والوصي المعين وهو المعين بمعرفة الحاكم بمجلس العائلة (المجلس الحسابي) ويكون ذلك عند عدم وصي مختار بالاتفاق وعدم وجود جد عند غير الإمام مالك ، فإذا عجز الوصي المختار عن القيام بالوصاية عين القاضي آخر من طرفه لمباشرة حفظ وإدارة أموال القاصر .

ويمكن لكل من يهمهم الأمر طلب تعيين وصي من القاضي كأقارب الطفل أو مدايني المتوفى ليمكن مخاصمة في وجه وصيه المعين [2] .

بند [261] القانون الروماني

وصاية الأنثى الدائمة : في روما وضعت الأنثى تحت الوصاية الدائمة لعدم تبصرها بالأشياء ولخفة تفكيرها الطبيعي ، وكان وضعها تحت الوصاية ليس لمصلحتها ، وإنما

(1) جاء في الشرح الكبير 299/3،300 أن الولي على المحجور من صغير أو سفيه لم يطرأ عليه السفه بعد بلوغه هو الأب الرشيد لا الجد والأخ والعم إلا بإيصاء من الأب ، وله البيع لمال ولده المحجور له . ثم يلي الوصي حاكم أو من يقيمه . وباع الحاكم ما دعت الضرورة إلى بيعه من مال اليتيم (بثبوت يتمه وإهماله وملكه لما بيع وأنه الأولى .

(2) يقول المواق [والوصي مقدم على سائر العصبة والموالي ، وفي المدونة الوصي أحق بالولد إذا نكحت الأم وليس له جدة ولا خالة] . التاج والإكليل ج 4 ص 216 ومواهب الجليل ج 4 ص 216 ، 217 .

للخوف منها ولمصلحة العائلة خوفًا من ترتيب أملاكها لغير عائلة الأب ، فكانت المرأة ممنوعة من التمليك وعقود الالتزامات والوصية بدون مساعدة الوصي ، ثم ألغي هذا النظام ، واختفى الوصي القانوني كما سيأتي تفصيله في محله [1] .

بند [262] القانون الفرنسي

المشرف : عمل المشرف مضاعف فهو ينوب عن الوصي عند غيابه في تمثيل القاصر ، وهو يمثل القاصر ضد الوصي عند تعارض مصلحتهما ، وهو مكلف قانونًا بمراقبة أعمال الوصي في أملاك القاصر ، ويتلقى تقريرًا سنويًّا عن أملاك القاصر من الوصي ، ويجب حضوره عند حصر أملاك القاصر من المنقول أو العقار .

والمشرف يعين بمعرفة مجلس العائلة إلا مشرف الحمل المستكن كما سبق بناءً على طلب الوصي . فإذا لم يطلب الوصي الشرعي أو الوصي المختار تعيين المشرف حرما من الوصاية . أما في حالة الوصي المعين فيعين المشرف بعده مباشرة .

مجلس العائلة : هو جماعة من العائلة برئاسة قاضي الصلح مكلفة بالعناية بمصالح القاصر ، ويتكون مجلس العائلة من ستة أعضاء أقارب أو أنسباء ، يعينهم قاضي الصلح ، مع ملاحظة القواعد الآتية :

1 – يؤخذ نصف المجلس من أقارب الأب ، والنصف الآخر من أقارب الأم في الناحية التي وجدت بها الوصاية .

2 – الزوج والزوجة لا يكونان أعضاء بمجلس العائلة الواحدة بل يفضل الأقرب منهما للصغير أو الأسن منهما .

3 – إذا وجد إخوة أو أخوات أشقاء للصغير فيعفى المجلس من عدد الستة متى كان الإخوة ستة أو أقل فكلهم أعضاء مجلس العائلة ، مع من بقي من الأبوين أو من الجدات والأجداد المبعدين قانونًا عن الوصاية إذا وجدوا ، فإن نقص عدد الإخوة أو الأخوات عن ستة ، وليس معهم من ذكر فيدعى الأقرب الآخر لتكملة العدد .

يجتمع المجلس متى دعت الضرورة للنظر في مصلحة القاصر بدعوة قاضي

---

(1) انظر الأبواب : من الثالث عشر إلى الثاني والعشرين من الكتاب الأول من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ص 32 – 24 .

الصلح فإن تخلف عضو بدون عذر غرم خمسين فرنكًا على الأقل ، ولا تكون قراراته صحيحة إلا إذا حضر ثلاثة أرباع أعضائه .

اختصاص مجلس العائلة : يختص مجلس العائلة بالنظر والمداولة فيما يأتي :

أولًا – مكلف بتنظيم الوصاية ، من تعيين وصي له الحق في تعيينه وتعيين مشرف وينظر في أعذار من يطلب التخلي عن الوصاية ، وفي أسباب الحرمان من الوصاية .

ثانيًا – متى مات الأبوان خارجًا عن استعمال حق السلطة الأبوية فبعض اختصاص السلطة الأبوية ينتقل إلى مجلس العائلة كحق تأديب الصغير ، وإجازة رفع الوصاية عن القاصر ، وإعطاء الإذن بالزواج عند عدم وجود الأصول .

ثالثًا – التشاور في حالة القاصر المالية ، فيأذن للوصي ببعض أعمال ليس له عملها بدون إذن ، ويجب التصديق على قرارات مجلس العائلة من المحكمة المدنية المختصة في الأعمال التي يجب على الوصي استشارة مجلس العائلة فيها ، فللمحكمة تصديقها أو نقضها في موضوعها أو شكلها ، وحينئذ يجوز استئنافها إذا قررت المحكمة ضد قرار مجلس العائلة [1] .

بند [263] التشريع الإسلامي

المشرف ينحصر عمله في مراقبة أعمال الوصي بما فيه مصلحة القاصر ، ولا ينوب عن الوصي في أي عمل من أعمال القاصر إلا إذا قرر ذلك المجلس الحسبي ، فالعمل والمسئولية والضمان على الوصي فقط ، ولا يمثل القاصر ضد الوصي عند تعارض مصلحتيهما إلا إذا أقامه المجلس وصيَّ خصومة ، ويجب أن يكون ملمًّا بأملاك القاصر عارفًا الحياة العامة حتى يمكنه مراقبة أعمال الوصي . والذي يعين المشرف إما الأب أو مجلس العائلة (المجلس الحسابي) ولا دخل للوصي في طلب تعيين المشرف ، والذي يعين على الحمل المستكن هو وصي لا مشرف كما سبقت الإشارة إليه .

مجلس العائلة (المجلس الحسابي) في الديار المصرية يتكون أخيرًا سنة 1362 هـ وسنة 1943 م من القاضي الأهلي والقاضي الشرعي وعضو من الأعيان وكاتب

---

(1) انظر : البنود من 420 إلى 426 في الفصل الخامس ، من الباب الثاني من الكتاب العاشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 95 ، 96 .

المجلس ، ويجتمع كل أسبوع مرة في مقر عمله للنظر في مصالح القصر من تعيين أوصياء وقوام ، وحصر تركات وجردها ، ومحاسبة الأوصياء ، وفك الوصاية وإثبات الرشد ، وطلبات الزواج ، وبيع العقار ، وتقدير النفقات وبالجملة كل مصلحة للقاصر ، وفي التخلي عن الوصاية وأسباب الحرمان إلخ .

ويجب التصديق على قراراته من وزارة العدل التي تملك الإلغاء والتعديل والتصديق إلخ [1] .

بند [264] القانون الفرنسي

ملحق الوصاية : أصل قبول الوصاية واجب على كل شخص عهد إليه بها مراعاة لمصلحة القاصر . ولولا ذلك لضاع الطفل وماله . والهيئة الاجتماعية مسئولة عنه ، ومع ذلك فإنه يوجد بعض أحوال يجوز إعفاء من عُيِّن وصيًا لعدم الأهلية أو للاستبعاد أو الإقالة [2] .

ومن الأعذار المبيحة للإعفاء من الوصاية :

1 - بعض الوظائف كأعضاء ورئيس النقض - النائب العمومي - المحامون الموظفون في محكمة النقض - المديرون - العسكريون العاملون بالجيش .

2 - عدم وجود قرابة أو نسب بين الطفل وبين من عين وصيا عليه ، فلا يجبر على قبول الوصاية إلا إذا لم يوجد سواه وتعينت عليه .

3 - السن ، والمرض المقعد ، وكثرة الأولاد .

هذه أسباب تعفي من قبول الوصاية .

أسباب عدم الأهلية للوصاية : لا يمكن أن يكون وصيًا ولا عضوًا في مجلس العائلة :

1 - القصر ما عدا الأب أو الأم . 2 - المحجور عليهم .

3 - كل من كان بينه وبين القاصر أو أبيه أو أمه قضايا خاصة بحالة الطفل أو بأملاكه .

أسباب الاستبعاد أو الإقالة من الوصاية : هناك استبعاد إذا منع الشخص من

---

(1) اتفق الفقهاء على حق الولي في رد تصرف الصغير والمعتوه المميزين ، لأن ولايته عليهما لمصلحتهما والنظر فيما يمضيانه لقبوله أورده . انظر : حاشية الرهوني ج 5 ص 327 ومواهب الجليل ج 5 ص 58 ، 59 .

(2) انظر : البنود من 427 إلى 449 في الباب الثاني من الكتاب العاشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 96 : 101 .

الوصاية ، وهناك إقالة إذا رفعت عنه هذه الصفة بعد تقلدها .

1 - الحكم بالعقاب البدني المخل بالشرف .

2 - سوء السلوك الفاضح . 3 - عدم الأهلية أو الخيانة .

والاستبعاد أو الإقالة من اختصاص مجلس العائلة تحت مراقبة المحكمة المدنية .

بند [265] التشريع الإسلامي

قبول الوصاية وردها حق لكل شخص إلا إذا تعينت فيجب قبولها (1) ومن قبيل تعينها قبول الوصي المختار للوصاية أو وفاة الموصي فليس للوصي عزل نفسه ، وأما وصي القاضي فله طلب من الوصاية إلا إذا تعينت عليه . والوظائف في حد ذاتها لا تمنع من الوصاية فإن كان الموظف لا يتمكن من القيام بالوصاية وإدارة شئون القاصر تعين عليه التخلي عنها . فإن انعدمت القرابة بين الصغير ووصيه فالأقربون أولى متى تحققت مصلحة القاصر . وإن كان الوصي مسنًّا أو مريضًا أو مشغولًا بما لا يمكنه معه القيام بالوصاية جاز تخليه عنها إن لم تتعطل مصلحة القاصر ، وإلا وجب التخلي .

وشرط الوصي أن يكون رشيدًا فالصبي والمحجور عليه لسفه والمجنون ، ومن له أو لأمه أو لأبيه دعوى على القاصر من مال أو غيره لا يصلحون للوصاية ، والمتجاهرون بالفسق والمتظاهرون بالإسراف ، وسيئوا التدبير لأعمال القاصر والخونة لا يجوز تعينهم أوصياء ، وإن طرأت عليهم هذه الصفات يعزلوا (2) .

أما العقاب في حد ذاته فلا يقتضي الإقالة إلا إذا كان لخيانة ثابتة أو لسكر بين أو لتهتك ، وكان يخشى على الصغير أو ماله من ذلك فيعزل لهذه الصفات (3) ، وأما الحكم فلا يمكنه معه إدارة أموال القاصر فيعين بدله لعجزه عن ذلك (4) .

---

(1) قاعدة : قبول الوصاية وردها حق لكل شخص ، إلا إذا تعينت فيجب قبولها .

(2) شروط الوصي أربعة ، منها أن يكون مكلفًا ؛ فلا يصح إيصاء صبي أو مجنون ، مسلمًا ، فلا يصح لكافر ، عدلًا فيما ولي عليه ؛ فلا يصح لخائن أو لمن يتصرف بغير المصلحة الشرعية ، قادرًا على القيام بالموصى عليه . الشرح الكبير 452/4 .

(3) طروء الفسق على الوصي يعزله ؛ إذ تشترط عدالته ابتداءً ودوامًا أي يكون موجبًا لعزله عن الوصية لا أنه ينعزل بمجرده فتصرفه بعد طروء الفسق وقبل العزل ماض . الشرح الكبير 453/4 .

(4) راجع حاشية الرهوني ج 5 ص 326 ، 327 بداية المجتهد ج 2 ص 279 .

بند [266] وظائف الوصي

القانون الفرنسي : للوصي وظيفتان ، إحداهما بالنسبة لشخص القاصر ، والثانية لأملاكه .

أولًا – بالنسبة لشخص القاصر : فإن وجدت السلطة الأبوية مع الوصاية بقيت لأحد الأبوين الموجود سلطة الحقوق الأبوية على شخص القاصر . وإن لم تجتمع الوصاية مع السلطة الأبوية كان للموجود من الأبوين استعمال السلطة الأبوية . وللوصي إدارة أموال القاصر . وفي حالة وجود الوصاية فقط لموت الأبوين أو حرمانهما من السلطة الأبوية انتقلت بعض حقوق الوالدين إلى الوصي وبقي البعض الآخر لمجلس العائلة ، فيحق للوصي حفظ القاصر . ومحل إقامته محل وصيه قانونًا ، والوصي مكلف بتعليم القاصر وتربيته بدون إذن من أحد .

ولمجلس العائلة الإذن للقاصر بالزواج عند عدم الأصول ، والإذن بفك الوصاية عن القاصر . ولمجلس العائلة مع الوصي الإذن للقاصر بالتطوع في الجيش .

ثانيًا – بالنسبة لأملاك القاصر : يعمل الوصي محل القاصر في أمواله ويمثله في كل الأعمال القضائية ما دام قاصرًا فهو في حالة (نعاس) ليس له التدخل في أي عمل إداري في أمواله ، فالوصي يعمل كل شيء كوكيل قانوني للقاصر ، غير أنه يجوز للقاصر مباشرة الأعمال الآتية :

1 – الزواج وعقد ترتيب أموال الزوجين .

2 – الاعتراف بولد طبيعي .

3 – عمل وصيته ما دام بالغًا 16 عامًا ، ولا يجوز له التصرف فيما زاد عن نصف أملاكه .

4 – إيداع أي مبلغ في صندوق التوفير .

5 – الدخول في سلك الجندية ما دام قد بلغ 20 سنة . أما من 18 سنة إلى 20 سنة فيجب الحصول على إذن الوصي ومجلس العائلة .

6 – الدخول في نقابة العمال الخاصة بمهنته ، لا الإدارة ولا الرئاسة .

بند [267] التشريع الإسلامي

أصل تعيين الوصي لحفظ وإدارة أموال القاصر ووجود الولي الشرعي لحفظ

ورعاية القاصر وأمواله ، وقد تجتمع في الوصي الوظيفتان ؛ فإذا مات الأب وأوصى لزوجته أم الصغار أن تكون وصيًّا مختارًا على أولاده من بعده فيجتمع لها التصرف والإدارة في الأموال والحفظ والصيانة والتعليم للقاصر ، وقد لا تُوَصى الأم بل وصي العم ؛ لأنه أصلح لإدارة أموال القصر ؛ فللأم حفظ ذات القاصر وصيانته ، وعلى الوصي إدارة أملاكه والتصرف فيها ، فيدفع للأم نفقة القاصر لتقوم بشئونهم ، وللوصي أيضًا تأديب الصغير متى استحق ذلك ، فإن سلبت سلطة الأب عن أموال ولده لتبذيره مثلًا بقيت له السلطة الأبوية لذات القاصر فيعلمه ويؤدبه ويربيه ويدفع له الوصي ما يحتاجه القاصر في حياته حسب حاله [1] .

وقد يكون الوصي أجنبيًّا من الصغير أي ليس من عصبته ، وقد بلغ الصغير سنًّا يحتاج معه للملاحظة والتربية والتعليم ، فحق الضم يكون للعاصب وحق التصرف والإدارة في الأموال يكون للوصي .

ويجب على الأب أو وصيِّه أو وصيّ القاضي تعليم القاصر حسب ما يصلح له بدون إذن من أحد ، والمجلس الحسابي هو الذي يأذن بالزواج متى كان الوصي معينًا بمعرفته ، ولم يوجد ولي شرعي ولا وصي مختار ، وهو الذي يفك الوصاية كذلك . وأما بلوغه من حيث ماله فذو الأب محجور عليه إلى حفظ ماله بعد البلوغ بعدم صرفه في شهواته النفسية فيثبت رشده ، وذو الوصي ومقدم القاضي محجور عليه إلى أن يفكَّ الحجرَ عنه الوصيُّ أو المقدمُ . ومتى بلغ الولد 18 عامًا فله أن يذهب حيث شاء ، إلا إذا خيف عليه الهلاك أو الفتنة ، فللوصي أو الولي منعه من ذلك .

وزواج القاصر قبل البلوغ الشرعي – وهو الإنزال – موكول لنظر وليه أو وصيه في المصلحة للقاصر ، فإن كان مصلحةً أمضاه وإن كان مَتْلَفةً رده ، وبعد البلوغ الشرعي (أي الإنزال) أو بلوغ 18 عامًا عند مالك أو 15 عامًا عند أبي حنيفة فزواجه صحيح ولو لم تفك عنه الوصاية متى كان رشيدًا .

ويجوز للمكلف شرعًا الاستلحاق لولد مجهول النسب متى كان ينزل ويمكنه

---

(1) تجب نفقة أولاد الصلب فيما يقول ابن جزي على والدهم بشرطين : أن يكونوا صغارًا ، أو أن لا يكون لهم مال . ويستمر وجوب النفقة على الذكر إلى البلوغ وعلى الأنثى إلى الزواج بها ، فإذا بلغ الذكر صحيحًا سقطت نفقته عن الأب . القوانين الفقهية ص 246 .

الإحبال ولو لم تفك عنه الوصاية ، ويجوز للقاصر المميز عمل وصيته وحدد بما فوق العشر سنين بشرط أن يميز بين الضار والنافع ، ويجوز له إيداع أي مبلغ يتوفر معه لحفظه ما دام قد أذن له وصيه في المعاملات . وأما الالتحاق بالجندية فهذا واجب شرعي على كل مسلم أن ينخرط في سلك الجندية للدفاع عن الوطن . وأما الدخول في الجمعيات التعاونية أو النقابات العمالية أو غيرها فما دام لم يتبعه غرم ولا إفساد في الأخلاق ولا ضرر في الأجسام فذلك جائز .

بند [268] سلطة الوصي

القانون الروماني : كانت سلطة الوصي مطلقة في أملاك القاصر بلا رقابة ولا حساب ثم قيدت شيئًا فشيئًا فمنعت الهبات بين القاصر ووصيه ، وأصبح للقاصر طلب إبطال ما عمله الوصي بسوء نية .

والقاصر عديم الأهلية ؛ ففي دور الطفولة لا يمكن للقاصر عمل أي شيء مطلقًا حتى مع إجازة الوصي . والطفولة تنقطع من ست سنوات ، فإن خرج من الطفولة أي بعد 6 سنين جاز له فعل كل ما يحسن حالته لا ما يثقلها كالتملك ، دائنًا ، مسددًا دينه إلخ ، لا يجوز له قبض دينه أو عقد بيع إلخ .

والواجب على الوصي إدارة أملاك القاصر مدَّةَ وصايته وردُّ أمواله إليه بعد بلوغه سن الرشد بدون عقاب على من بددها ، ثم أبيح رفع دعوى عمومية لعزل الوصي من أي شخص متى أساء التصرف أو بدد ، ثم أبيح للقاصر استرداد ثمن ما باعه الوصي مدة وصاياته ، ثم أبيح للقاصر مقاضاة وصيِّه متى ارتكب خطأ في إدارة أملاكه ، ثم طلب من الوصي ضامن وتعهد بحسن الإدارة ورد الأموال بعد نهاية الوصاية ، ثم ألزم الوصي بعمل حصر لأملاك القاصر عند استلامها [1] .

بند [269] القانون الفرنسي

مدى سلطة الوصي : لمعرفة سلطة الوصي يجب التفرقة بين أربعة أحوال :

---

(1) انظر : الأبواب من الثالث عشر إلى الثاني والعشرين من الكتاب الأول ، من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ص 32 ، 44 .

أولًا – أعمال يعملها الوصي وحده وهي الإدارة ، ويدخل فيها الأعمال التحفظية وإيجار العقار لمدة تسع سنين أول عقد وفي التجديد أو عقد جديد قبل نهاية الأول يكون قبلها بثلاث سنين أو سنتين حسب موقع العقار ، ويقبض إيراد القاصر ورأس ماله ، ويباشر جميع أعماله الخاصة بالمنقول .

ثانيًا – أعمال يعملها الوصي بإذن مجلس العائلة كقبول أو رفض الميراث . وقبول الميراث باسم القاصر لا يكون إلا بعد حصر التركة لمعرفة نفع القاصر إذا لم تكن مدينة ، أو ضرره عند تحملها بالدين ؛ لأنه متى قبل الميراث تحمل بكل دين التركة ولو أزيد منها ، وقبول الهبة .. ومع ذلك فللأب والأم قبول الهبة وكذا للأصول بدون إذن مجلس العائلة ، ورفع دعوى عقارية أو قبول دعوى عقارية خاصة بالقاصر ، وطلب القسمة باسم القاصر ، ولكن الدفاع عن القاصر في دعوى القسمة لا يحتاج إلى إذن أحد ، بيع أسهم مالية باسم القاصر بمتوسط سعر اليوم من مكتب أعمال رسمي وكذا تحويل سند اسمي إلى سند لحامله .

ثالثًا – أعمال لا يعملها الوصي إلا بإذن مجلس العائلة وتصديق المحكمة : القرض بأي مبلغ لأي سبب كان وبأي شروط كانت – بيع عقار القاصر ويجب كونه في المزاد العلني بحضور المشرف ومراقبة قاض تعينه المحكمة بعد الإعلان عنه ثلاث مرات في ثلاثة أسابيع – عمل رهن عقاري على أملاك القاصر وكذا كل حق عيني يترتب على عقار القاصر ، ويجب أن توجد في هذه التصرفات ضرورة ملحة أو منفعة القاصر تقضى بذلك – وبيع سندات مالية منقولة أزيد من 1500 فرنك كرأس مال – عقد إيجار تزيد مدته عن 18 سنة ولا تزيد عن 99 سنة لعقار من عقارات القاصر – الصلح في القضايا ، ولا يكفي إذن مجلس العائلة وتصديق المحكمة بل يجب أيضًا أخذ رأي ثلاثة من رجال القانون يعينهم النائب العام ، ويكونون قد أمضوا عشر سنين على الأقل في المحاماة أمام الاستئناف .

رابعًا – أعمال لا يعملها مطلقًا لا بإذن ولا بدون إذن : الهبة بين الأحياء أو الوصية بعد الممات – عقد خاص بأملاك القاصر أيا كان بين القاصر والوصي ، فإن آجر لنفسه ملك القاصر فالمؤجر يكون المشرف بعد تحديد الشروط بمعرفة مجلس العائلة .

وكل مالم ينص عليه القانون بالمنع يجوز للوصي عمله ، وللوصي بيع منقول

القاصر بالمزاد العلني بمعرفة موظف مختص بدون إذن أحد [1] .

بند [270] التشريع الإسلامي

على الوصي إدارة أموال القاصر ويدخل فيها الأعمال التحفظية ، وإيجار عقاره لمدة ثلاث سنين إن لم تجر العادة بغير ذلك وإلا راعى العادة مع المحافظة على أموال القاصر ، ويقبض إيراد القاصر ورأس ماله ، ويباشر جميع أعماله الخاصة بالمنقول .

وليس في التشريع الإسلامي رد أو قبول الميراث لأنه لا تركة إلا بعد سداد الدين [2] ، وليس في الشريعة الإسلامية (الحلول) يعني اعتبار الوارث حالًّا أو ممثلًا محل المورث ، فلا يدفع الوارث دين مورثه إلا بقدر ما ناله من التركة إلا إذا تبرع بسداد ديون مورثه . والوصي ممنوع من التبرع بأموال محجوره أيًّا كانت [3] .

ليس لولي القاصر والمحجور عليه رد الموهوب الكثير غير التافه كالكسرة والتمرة فلا يفوت كلًّا منهما هبة بعدم القبول ، فلا يحتاج الوصي لإذن أحد في قبول الهبة للقاصر ، كما أن له الصلح عن قاصره كذلك .

وللوصي رفع الدعاوى باسم القاصر دفاعًا عن مصلحته وتمثيلهُ متى كان مدَّعًى عليه ، وطلب القسمة ، وبيعُ أسهم مالية باسم القاصر متى دعت الضرورة لذلك وكان في مصلحة القاصر متى قل المال في المتعارف ، وتحويل سند لحامله إلى سند اسمي لأن فيه حفظ مال القاصر لا تحويل سند اسمي إلى سند لحامله لأنه لا فائدة فيه للقاصر إلا إذا كان يريد البيع ، والسند لحامله أغلى من السند الأسمى ، وكانت المنفعة للقاصر ظاهرة - كل هذا يعمله الوصي بلا إذن من أحد .

وللوصي تسلف مال القاصر إذا كان له مال فيه الوفاء ، وليس له إقراض مال اليتيم للغير ، فإن فعل فقد فرط فهو ضامن عند عدم الوفاء .

وللوصي بيع عقار القاصر بشروط :

---

(1) انظر : البنود من 450 إلى 468 في الفصل الثامن ، من الباب الثاني من الكتاب العاشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 101 : 106 .

(2) قاعدة : لا تركة إلا بعد سداد الدين .

(3) لا يجوز له أن يبيع التركة أو شيئًا منها لقضاء دين أو تنفيذ وصية إلا بحضرة الكبير ؛ إذ لا تصرف للوصي في مال الكبير ، فإن غاب الكبير أو أبى البيع نظر الحاكم : الشرح الكبير 453/4 .

1 - دعاء الضرورة لوفاء دين ونحوه .

2 - ثبوت أن هذا العقار هو الأولى بالبيع من غيره .

3 - وبيعه بالمزاد العلني .

4 - وعدم وجود زائد على الثمن الذي أُعْطي فيه .

5 - وأن يكون الثمن ثمن المثل . 6 - وكون الثمن نقدًا وحالًّا .

7 - وإثبات أسماء الشهود الذين حققوا هذه الشروط ، ومتى ثبتت منفعة القاصر في البيع بزيادة الثلث فأكثر من مال حلال جاز البيع بشهود عند الحاجة . فإذا لم تتوفر الشروط المذكورة فللقاضي رده متى بلغ رشده ، وللوصي رهن مال القاصر متى وجدت مصلحة ، وكذا كل حق عيني تقضي به الضرورة القصوى أو منفعة القاصر ، كل هذا يعمله الوصي بدون استشارة أحد [1] .

وليس له عقد إيجار لمدة أزيد من ثلاث سنين ، إلا إذا جرت العادة وكان فيها منفعة للقاصر والوصي مسئول عن ذلك ، وللقاصر نقضه بعد بلوغه متى انتفت وجه المصلحة له عند العقد .

وليس للوصي الهبة من مال القاصر ولا الإيصاء من مال القاصر ، وعليه تنفيذ الأحكام في مال القاصر . وليس له سداد دين بدون سند المديونية الصحيح ، وليس له الاعتراف على القاصر بدين أو عين أو وصية على الميت ، وقبول تحكيم فيما يعرض لمصلحة القاصر مع الآخر وفيه خطر فيجب حكم الحاكم لحسمه النزاع بين الجميع . وليس للوصي أن يشتري أموال القاصر لنفسه إلا إذا وافقت المصلحة لليتيم [2] . فإن تعاقد الوصي على شيء من أموال القاصر وجب تعيين من

---

(1) نص المالكية على أنه لا يجوز لغير الولي أن يبيع التركة . هذا إذا كان في الحضر . وأما إذا كان في السفر فله البيع . ولو مات شخص في سفر فلوصيه بيع متاعه وعُرُوضه لأنه يَثْقُلُ حمله ، وعن أبي عمران أن من مات في سفره بموضع لا قضاء فيه ولا عدول ولم يوص ، واجتمع المسافرون وقدموا رجلًا فباع هناك تركته ، ثم قَدِموا بلد الميت فأراد الورثة نقض البيع إذ لم يبع بإذن حاكم أن ما فعله جماعة الرفقة من بيع أو غيره جائز . وقد وقع هذا لعيسى بن عسكر وصوب فعله وأمضاه . حاشية الدسوقي 453/4 .

(2) يقول الرهوني : وللولي رد تصرف مميز إن كان الرد مصلحة . وذلك في غير الشيء التافه فلا يحتاج لإذن حاشية الرهوني 327/5 .

يمثل القاصر ليقبل عنه ويحافظ على مصلحته مع الوصي المتعاقد معه . والقاعدة العامة أن الوصي مكلف بعمل كل ما فيه المصلحة للقاصر في ذاته وماله إلا ما نص عليه بالمنع [1] وإلا مع استيفاء الشروط فلا بد منها ، وإلا كان عمله باطلًا بالنسبة للقاصر والوصي ضامن لما يحصل .

والنظام المتبع الآن عرض تصرفات الوصي الخاصة ببيع عقاره على المجلس الحسابي لتحققه المصلحة . وللوصي بيع منقول القاصر متى خيف عليه التلف أو دعت مصلحة القاصر لبيعه ، ويصرح بما عرض .

بند [271] واجبات الوصي

القانون الفرنسي – تقسيم أساسي : يمكن تقسيم واجبات الوصي إلى ثلاثة أزمنة .

1 – وقت تحمل أعباء الوصاية . 2 – مدة وجودها . 3 – عند نهايتها .

أولًا – واجبات الوصي عند دخوله في الوصاية :

1 – حصر التركة . 2 – بيع المنقول من التركة .

3 – تقدير النفقة اللازمة للقاصر . 4 – استثمار رأس المال .

5 – تحويل السندات المالية لحاملها إلى سندات اسمية (باسم حاملها) .

أولًا – حصر التركة في العشرة الأيام التالية لتعيين الوصي : يجب عليه رفع الأختام عن أعيان التركة وحصرُها بوجود المشرف ، ويجب عليه إعلان دينه ومقداره في التركة أمام مسجل العقود وإلا سقط حقه فيه إن كان دائنًا للمورث .

ثانيًا – بيع المنقول في الشهر التالي لإتمام الحصر : يبيع الوصي الأموال المنقولة الجسمانية بالمزاد العلني ، ويحتفظ ما أوصى به مجلس العائلة من موبيليا العائلة أو تحف فنية أو تذكارية للعائلة ، وهذا الواجب لا يلزم الأب أو الأم متى كان له التمتع القانوني .

ثالثًا – تحديد النفقة السنوية للقاصر : يحدد الوصي مقدار نفقة القاصر في السنة

(1) قاعدة : الوصي مكلف بعمل كل ما فيه المصلحة للقاصر في ذاته وماله إلا ما نص عليه بالمنع .

بمعرفة مجلس العائلة كما يحدد إيراده أيضًا الناتج من إدارة أملاكه مع تحديد أوجه استغلال ما زاد عن نفقة القاصر السنوية ، فإذا أهمل الوصي استغلال باقي الريع تحمل الفائدة القانونية بعد ستة أشهر عن أي مبلغ لم يستغل .ويجب على الأب والأم ذلك الاستغلال فيما زاد عن 1500 فرنك .

رابعًا – استثمار رأس مال القاصر : على الوصي متى وجد مالًا زائدًا عن حاجات القاصر وقت حصر التركة أن يستغله في مدة 3 أشهر وإلا لزمه فائدته .

خامسًا – تحويل السندات المالية : يجب على الوصي تحويل السندات المالية التي لحاملها إلى سندات اسمية في مدى ثلاثة أشهر . فإذا لم تكن قابلة للتحويل وجب على الوصي استئذان مجلس العائلة في بيعها أو بقائها ، فإن بقيت اتخذ مجلس العائلة ما يراه صالحًا لحفظها من التلاعب ، ويجب على المشرف ملاحظة ذلك وتقديم تقريرٍ به .

ثانيًا – واجبات الوصي مدة وصايته : يجب على الوصي إدارة أملاك القاصر بعناية تامة كأب شفوق ، وهو ضامن لكل تعويض عن التلف أو الخسارة التي تنتج عن سوء إدارته ، ويجب عليه على الخصوص :

1 – استغلال ما زاد من الإيراد على المنصرف سنويًّا في مدة ستة أشهر .

2 – استغلال رأس المال الذي يأتي للقاصر في مدة ثلاثة أشهر .

3 – تحويل السندات التي تأتي للقاصر وتكون لحاملها إلى سندات اسمية .

ثالثًا – واجبات الوصي في نهاية وصايته : متى انتهت الوصاية وجب على الوصي تقديمُ الحساب الختاميّ وتسليمُ القاصر أملاكه .

تقديم الحساب : وهو تدوين جميع واردات القاصر ومصروفاته المؤسسة على حصر التركة من يوم تعيينه وصيًّا ليوم تسليمها ، والظروف الموجبة لتقديم الحساب هي كلما انتهت الوصاية بأي وجه ، وذلك :

1 – بموت الوصي يتعين على ورثته تقديم كشف حساب إلى الوصي الجديد .

2 – بموت القاصر يتعين على الوصي تقديم كشف حساب إلى ورثته .

3 – باستبعاد الوصي أو باستعفائه من الوصاية . فيجب عليه تقديم الحساب إلى من يخلفه .

4 - ببلوغ القاصر سن الرشد يقدم الوصي كشف حسابه إلى القاصر بحضور مستشاره .

5 - ببلوغ القاصر وفك الوصاية عنه يقدم الحساب إلى القاصر نفسه فقط . وعلاوة على هذا الحساب يقدم الوصي بيانًا كافيًا عن حالة التركة وإدارتها للمشرف ليتبين منه سير الوصي في وصايته .

يجب أن تكون المصروفات المدعى بها مؤيدة بأدلتها كما يجب تسليم الحساب ومستنداته بإيصالات وصور طبق الأصل ، ونفقة ذلك على القاصر وفي ماله [1] .

بند [272] التشريع الإسلامي

واجبات الوصي عند دخول الوصية ، ومدة الوصاية ، وعند نهاية الوصاية ، من قبيل النظم الموضوعة لحسن نظام وكفالة حفظ أموال عديمي الأهلية فليس هذا تشريعًا موضوعيًّا . لهذا كان لا يتنافى مع النظم الشرعية في طريقة حفظ مال القاصر واستغلاله وتسليمه ، وجرد أعيان التركة المحصورة بمعرفة رجال الإدارة وإرشاد أقارب المتوفى أو شيخ البلد أو العمدة ، وبعد الجرد يعمل كشفًا بما استلمه من أعيان التركة ويمضيه ثم يقدمه للمجلس ، وهو أساس المسئولية للوصي ، ثم يبيع المنقول من التركة إن كان قليلًا وإن كثر عين المجلس أحد أعضائه للبيع بمعرفته ، ثم بعد ما يتبين المجلس قيمة التركة قلة وكثرة يقرر نفقة القاصر الشهرية ، ثم يقرر المجلس نوع استثمار أموال القاصر إلخ . كل هذا له مواعيد حددها قانون المجلس الحسابي .

يعتبر التشريع الإسلامي أن الفائدة القانونية محرمة لأنه يدعو الناس للتكاسل عن السعي في الحياة وهو ربا والربا محرم بنص القرآن ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ [2] والرِّبا لغةً كل ما زاد عن أصل دينك وليس ربحًا لتجارة . فالعرف جرى الآن بوضع فاضل أموال القصر في بنك مصر بلا فائدة ، وليس هذا لمصلحة

---

(1) انظر : البنود من 450 إلى 475 في الباب الثاني ، من الكتاب العاشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 101 : 108 .

(2) سورة البقرة الآية رقم 275 .

القصر في شيء شرعًا [1] .

والواجب استثمار مال القاصر في شراء أسهم مالية أو مساهمة في أعمال تجارية مضمونة عليها رقابة كافية كالجمعيات التعاونية وهي كثيرة ومنتشرة ، وليس هذا ربًا لأنه ربح تجاري يقسم على عدد الأسهم ويزيد وينقص حسب الربح التجاري . أما تحويل السندات المالية التي لحاملها إلى سندات اسمية باسم القاصر فهو من قبيل حفظ أموال القاصر وهو منقول فيتصرف فيه الوصي ، ثم يعرض تصرفه على المجلس الحسابي .

ومفروغ منه أن الوصي يدير أملاك قاصره بعناية تامة كأب شفوق ، وهو ضامن للتلف أو الخسارة التي تنتج عن سوء إدارته أو تفريطه .

وعلى الوصي تقديم الحساب بأدلته ومستنداته إلى من يخلفه ، أو إلى القاصر متى فكت عنه الوصاية . وجميع نفقات التركة إلى ساعة تسليمها تحسب عليها ، كذلك نفقات الوصي بالمعروف في التركة إن لم يكن له جعل معين نظير عمله فلا يستحق شيئًا قبل القاصر .

وكلما قدم الوصي حسابه في أثناء سني الوصاية أو عند بلوغ القاصر سن الرشد وفك الوصاية بعث المجلس الحسابي خبيرًا حسابيًا لبحثه ولمراجعة مستنداته وتقرير ما يراه لمصلحة القاصر ، وللقاصر إبداء شكواه للمجلس من سوء تصرف وصيه حتى عند نهاية الوصاية .

ونظام المجالس الحسابية وأحكامها مأخوذ من مذهب الإمام أبي حنيفة ؛ لأن الخليفة كان حنفيًا فكان قضاته أحنافًا ، وكان لا يولي القضاء إلا الأحناف ، ولا يحكم إلا بما نص عليه في مذهب أبي حنيفة . فلما انفصلت مصر عن الدولة العلية واستقلت واحتاج الناس في حياتهم العامة إلى بعض أحكام لا تخرج عن الشريعة وهي أرفق بالناس رجعوا إلى مذهب الإمام مالك فأخذوا منه التطليق للإعسار بالنفقة ، وتحديد العدة للمطلقة التي تدعي عدم الحيض بسنة بيضاء ، والتطليق بالضرر ، وهي كلها أحكام سهلة لينة مشروعة يحتاج إليها الناس . وقد

---

(1) يقول ابن عبد البر [قال الله ﷻ ، وأحل الله البيع وحرم الربا] وقال ولا تأكلوا الربا ، وأجمع العلماء من السلف والخلف أن الربا الذي نزل القرآن بتحريمه هو أن يأخذ صاحب الدين لتأخير دينه بعد حلوله عوضًا عينًا أو عرضًا . الكافي لابن عبد البر ص 302 ، القوانين الفقهية ، كتاب البيوع 271 ، بداية المجتهد ج 2 ص 192 ومن الواضح أن المؤلف يوافق على استثمار أموال القاصر في شراء الأسهم المالية والسندات .

عمل بذلك في محاكمنا الشرعية بالديار المصرية ، وسيعمل قريبًا بمشروعية التحكيم ﴿ فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴾ [1] إلخ الآية .

بند [273] احتياطات استثنائية لحماية القاصر الذي بلغ رشده

القانون الفرنسي :

أولًا – كل اتفاق خاص بحساب الوصاية (مخالصة ، إخلاء من المسئولية ، مصالحة) بين الوصي والقاصر الذي بلغ رشده يكون لاغيًا إذا كان سابقًا على نهاية المدة بعشرة أيام من تاريخ إيصال تسليم الحساب والأوراق المثبتة له .

ثانيًا – القاصر الذي بلغ رشده لا يجوز له الهبة ولا الوصية لمن كان وصيًّا عليه ما عدا أصول القاصر فيجوز متى تقدم حساب القاصر مدة الوصاية النهائي . فإن بقي بذمة القاصر حساب تعين دفع فائدته من تاريخ نهاية الحساب الختامي بموجب القانون ، وإن بقي للوصي بذمة القاصر تحسب أرباحه من تاريخ طلب الدفع الرسمي .

ثالثًا –كل حق قضائي ترتب من الوصاية للقاصر ضد وصيه لا يسقط إلا بمضي عشر سنوات من تاريخ بلوغه سن الرشد ، أما فيما يتعلق برد الوصي أملاك القاصر أو بدفع باقي الحساب فلا يسقط الحق إلا بمضي ثلاثين سنة من تاريخ بلوغ الرشد [2] .

ما يترتب على تنفيذ القواعد السابقة وعلى تنفيذها من الوصي ومن القاصر :

أولًا – الأعمال التي أتمها الوصي مع ملاحظة الأشكال والشروط المطلوبة قانونًا : هذه الأعمال صحيحة ولا يمكن إلغاؤها قانونًا ، والقاصر ملزم بما يترتب عليه ولو أضرت بمصلحته ، ولكن له في هذه الحالة طلب تعويض من الوصي .

ثانيًا – الأعمال التي أتمها الوصي مع عدم ملاحظة الأشكال والشروط المطلوبة قانونًا : هذه الأعمال يصح إلغاؤها بطلب القاصر أو من يمثله وهو إلغاء خاص ، ودليله الوحيد الذي يقدمه للمحكمة هو مخالفة القانون .

ثالثًا – الأعمال التي أتمها القاصر نفسه ولم يكن مشروطًا على الوصي إذا

---

(1) سورة النساء الآية رقم 35 .

(2) انظر : البنود من 469 إلى 487 في الكتاب العاشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص106 : 110 .

عملها إذن مجلس العائلة أو مع تصديق المحكمة : هذه الأعمال قابلة للإلغاء الخاص فيصح إلغاؤها بشرطين :

1 - إثبات أنه كان قاصرًا وقت عملها .

2 - أن يكون نتج عنها ضرر لمصلحته من نفس العمل .

وليس قصور الصغير سببًا في الإلغاء وحده بل لا بد من تأثر مصلحته أيضًا من شروط العقد لا من ظروف عرضية لاحقة .

رابعًا – الأعمال التي أتمها القاصر نفسه وكان مشروطًا فيها على الوصي إذا عملها إذن مجلس العائلة فقط أو مع تصديق المحكمة : هذه الأعمال قابلة للإلغاء الخاص أيضًا لكنها تعتبر من قبيل الأعمال التي خولف فيها الشكل والشرط القانوني . فللقاضي أو من ينوب عنه طلب الإلغاء ودليله فوق كونه قاصرًا أن يقدم دليلا أنه خالف القانون في الشكل ، وليس بلازم حصول ضرر مادي من العمل المذكور .

خامسًا – القاصر ملزم بما ترتب عن فعله الجنائي وفي الجنح والمخالفات بدون اعتذار بأنه قاصر .

بند [274] تصرفات القاصر قبل بلوغه

التشريع الإسلامي : للولي أو الوصي رد تصرف سفيه أو صبي مميز بمعاوضة بلا إذن وليه ، كبيع وشراء إن لم يكن فيه مصلحة للقاصر ، وإلا أجازه ، فإن كان التصرف بغير عوض كهبة وصدقة وعتق تعين على الولي رده ، كما للولي رد إقرار القاصر بدين أو بإتلاف [1] .

والمعاملة التي بين الوصي والقاصر يتطرق إليها الشك دائمًا ، فإن كانت لمصلحة الوصي كإخلاء طرفه أو مخالصة أو مصالحة فهي لاغية ، لاحتمال أن يكون عملها بتأثير الوصي لأنها في مصلحته ، فإن أقرها القاصر بعد بلوغه رشيدًا فهي نافذة عليه . ومتى بلغ القاصر رشيدًا فتصرفه نافذ أيًّا كان [2] فيجوز له الهبة لوصيه ، أو الوصاية له

---

(1) وللولي أب أو غيره رد تصرف شخص مميز محجور عليه ذكر أو أنثى بمعاوضة من غير إذن وليه . وأما بغير معاوضة كهبة وعتق فيتعين رده الشرح الكبير 294/3 .

(2) قاعدة : متى بلغ القاصرُ رشيدًا فتصرفه نافذًا أيًّا كان .

كما يجوز له إبراؤه مما في ذمته والاعتراف بالقبض لأنه عاقل بالغ رشيد لا حجر عليه [1] .

ويسري حكم المدة على دينه بعشرين عامًا مع حضور وتمكن من الطلب بلا مانع ، أو بثلاثين عامًا ، أو لا تسقط أصلًا بمضي المدة خلاف في مذهب الإمام مالك . والأظهر في ذلك اجتهاد الحاكم بالنظر في حال الزمن وحال الناس وحال الدَّين ، فنحو عشر سنين أو أقل تقتضي الترك أو الإغضاء ، ونحو الخمسة عشر عامًا قد لا يقتضي ذلك .

وأما رد أملاك القاصر بعد بلوغه سن الرشد فلا يسقط ، لأن الوصي بامتناعه عن الرد اعتبر غاصبًا ، والغاصب لا يقر على حاله إطلاقًا [2] ، فلا يؤثر مر السنين على سقوط الحق في الأعيان المغتصبة ما دامت موجودة وإلا فضمان القيمة .

ومتى تصرف الوصي في حدود الشروط والمصلحة للقاصر لزم القاصر ما التزمه الوصي لأنه يعمل لمصلحته في ماله ، فإن خاصم عن القاصر ، أو قَسَّم تركته وأفرز نصيبه ، أو صالح عنه وكان ذلك في حدود مصلحة القاصر ، أو اشترى أو باع كذلك لزم القاصر ما فعله وصيه ، فإن خالف الوصي فتصرفه باطل ، ولا يلزم القاصر به ، بل قيل : وعليه رده بعد بلوغه ولا ينقلب صحيحًا . فمدار إلزام القاصر بفعل الوصي هو المصلحة ولو بغبن يسير لا ضرر فيه . فإن تمحض الضرر كبيع عقاره بلا مسوغ مما تقدم فالبيع باطل غير نافذ على الصغير ، فإن فات المبيع بيد المشتري ضمن الوصي قيمته ، ويشترط إثبات ما لحق القاصر من الضرر وفوات مصلحة محققة حتى يصح الحكم على تصرف الوصي بالبطلان وتضمينه .

فإن تصرف القاصر ولم يطلع عليه وصيه حتى بلغ رشده فتصرفه في قصره غير ماض وله رده متى رشد [3] .

والقاصر – وإن كانت عقوده غير لازمة إلا إذا أجازها الوصي وكان له إجازتها كعقود المعاوضة كبيع وشراء – إلا أن أفعاله لازمة له في ماله فإن جنى على النفس

---

(1) متى بلغ الصبي عاقلًا زالت عنه ولاية الأب والوصي والحاكم من حيث تدبير نفسه وصيانة مهجته . حاشية الدسوقي 293/3 .

(2) قاعدة : الغاصب لا يقر على حاله إطلاقًا .

(3) يقول ابن رشد : خلاف في المذهب في أنه لا يجوز له في ماله معروف من هبة أو صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذِن له الأب في ذلك أو الوصي ، فإن أخرج من يده شيئًا بعوض كان موقوفًا على نظر وليه إن كان له ولي فإن رآه رشدًا أجازه وإلا أبطله . بداية المجتهد ج 2 ص 485 وما بعدها والشرح الصغير ج 3 ص 154 .

أو أتلف مالًا يؤتمن عليه وهو قاصر لزمه أثر جنايته وضمن ما أتلف من مال الغير .

فإن أُمِّنَ القاصر على مال وأتلفه فلا ضمان عليه لأن من أمنه قد سلَّطه على إتلافه ، فإن كان الذي أمنه على المال هو صاحب المال ذهب ماله هدرًا لأن القاصر محجور عليه ولو ضمَّنا المحجور عليه لبطلت فائدة الحجر ، وإن كان الذي أمنه على المال غير صاحبه فعلى المؤمِّن الضمان لتفريطه ، فإن حفظ الصبي (القاصر) ماله بما أنفق من المال المؤتمن عليه فيقوم الأقل من المال ومما حفظه من ماله ، فلو اؤتمن على عشرة ليوصلها لبيت صاحبها فأنفق منها ثمانية على نفسه أكل بها أو اشترى ثوبًا فصان ما كان ينفقه على نفسه من ماله بمقدار عشرة مثلًا فإنه يغرم الأقل مما صانه من ماله ومما أنفقه وهي ثمانية ، فإن أنفق العشرة وصان بها خمسة فقط ضمن الخمسة .

بند [275] نهاية الوصاية

القانون الفرنسي : تنتهي الوصاية لسببين أحدهما يأتي من جهة القاصر وهي نهاية حقيقية ، وثانيهما ما يأتي من ناحية الوصي وهي تغيير فقط وليس نهاية حقيقية للوصاية [1] :

أولًا – الأسباب الآتية من ناحية القاصر ثلاثة :

1 – بلوغ القاصر سن الرشد وهو (21) سنة كاملة مبتدأة من ساعة ولادته إلى مثلها بعد إحدى وعشرين سنة .

2 – فك الوصاية الذي يضع بدل الوصي وليًا .

3 – موت القاصر .

ثانيًا – الأسباب الآتية من ناحية الوصي وهي اثنان :

1 – موت الوصي .

2 – عدم الأهلية أو الاعتذار عن قبول الوصاية أو نزع الوصاية منه .

---

(1) انظر : البنود من 442 إلى 449 ، في الفصل السابع من الباب الثاني ص 99 : 101 والبنود : من 476 إلى 487 في الباب الثالث من الكتاب العاشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 108 : 110 .

خصوصيات وصاية الطفل الطبيعي : سوّى قانون سنة 1907 في الوصاية بين الطفل الطبيعي والطفل الشرعي ، ولكنه خص الطفل الطبيعي بما يأتي :

1 – أن الوصاية على الطفل الطبيعي توجد بمجرد الولادة وأنه لا يخضع إلى الإدارة الشرعية .

2 – ليس له مجلس عائلة والذي يقوم مقام المجلس هي المحكمة المدنية فتجيز زواجه .

3 – ليس للأم التنحي عن وصاية ولدها الطبيعي بأي عذر كان .

4 – المواد 402 إلى 416 الخاصة بوصاية الأصول أو مجلس العائلة من القانون المدني لا تطبق على الطفل الطبيعي .

وكل امرأة تكون أهلًا لإدارة أموال الطفل الطبيعي بدون إذن زوجها .

بند [276] نهاية الوصاية

القانون الروماني : تنتهي الوصاية متى بلغ القاصر 14 سنة ، ومتى فقد الحرية أو الجنسية الرومانية ، ومتى مات القاصر . هذا من جهة القاصر . وأما من جهة الوصي فتنتهي الوصاية متى فقد الوصي الحرية أو الجنسية ، ومتى مات الوصي ، وبعزله من الوصاية لسبب ارتكابه تبديدًا فيها ، وبقبول استعفائه من الوصاية . وللطفل ثلاثة أزمنة :

أولًا – من الولادة إلى سبع سنين يعتبر طفلًا (الطفولة) .

ثانيًا – من سبع سنين إلى أربع عشرة سنة يعتبر (حدثًا) قاصرًا عن درجة البلوغ الشرعي .

ثالثًا – من 14 أربع عشرة سنة إلى خمس وعشرين سنة يعتبر قاصرًا فيعين له قيم إلى 25 سنة ، ومن خمس وعشرين سنة يكون الرجل حرًّا في جميع تصرفاته بكامل أهليته إلا ما يطرأ عليه [1] .

بند [277] التشريع الإسلامي

التشريع الإسلامي : تنتهي الوصاية على القاصر كالآتي :

---

(1) انظر : الباب الثاني والعشرين ، من الكتاب الأول من مدونة جوستنيان ص 43 – 44 .

1 – بموت القاصر .　　　　2 – بفك الوصاية [1] .

3 – ببلوغ القاصر سن الرشد وهو عند مالك 18 ثمان عشرة سنة إذا لم يكن بلغ بعلامات طبيعية ، وعند أبي حنيفة 15 خمس عشرة سنة فإذا بلغ الولد غير رشيد فلا يسلم المال إليه إلا بعد 25 سنة عنده – والبلوغ الشرعي عندهما بالاحتلام والإنزال والإحبال . هذا في الغلام . وفي الأنثى بالحيض والحبل والاحتلام مع الإنزال [2] . فإن لم تظهر علامة من هذه العلامات حكم ببلوغهما بالسن وهو 15 عامًا عند أبي حنيفة و 18 عامًا عند مالك . فمتى بلغا رشيدين يحفظان مالهما ثبت رشدهما عند أبي حنيفة ، وثبت رشد [3] الغلام عند مالك ، وأما الأنثى فيشترط فيها عند مالك زيادة على رشدها وحفظها مالها وبلوغها أن يدخل الزوج بها وأن يشهد العدول على صلاح حالها ، ومتى بلغ القاصر سن الرشد محسنًا التصرف فكت عنه الوصاية فيتصرف كما يشاء بلا تعيين ولي ولا استشارة أحد .

ويعين وصيٌّ بدل الوصي المتوفى أو المعزول أو المستقيل .

وأما الطفل الطبيعي فلا حقيقة لوجوده في التشريع الإسلامي حيث لا واسطة بين الطفل الشرعي وولد الزنى ، فإن ملك الطفل غير الشرعي مالًا عين الحاكم من يحفظه له ويديره فهو وصي القاضي ، وقد تكون أمه إذا كانت معلومة .

---

(1) لا يحتاج ذو الأب إلى فكٍّ من أبيه ، بخلاف ذي الوصي والمقدم فيحتاج إليه . ولا يحتاج الفك منهما إلى إذن القاضي . وصورة الفك أن يقول للعدول اشهدوا أني فككت الحجر عن فلان محجوري ، وأطلقت له التصرف وملكت له أمره ، لما قام عندي من رشده وحفظه لماله . وإنما احتاج ذو الوصي إلى الفك بخلاف ذي الأب مع أنه الأصل ، لأن الأب لما أدخل ولده في ولاية الوصي صار بمنزلة ما لو حجر عليه ، وهو إذا حجر عليه صار لا ينتقل إلا بإطلاقه ، وكذا يقال في المقدم ، فإن مات الوصي قبل الفك ولم يوص عليه فأفعاله بعد ذلك على الحجر . الشرح الكبير 296/3 ، 297 .

(2) علامات البلوغ فيما نص عليه فقهاء المالكية خمسة : ثلاثة منها مشتركة واثنان مختصان بالأنثى منها السن ، وهو تمام ثمان عشرة سنة ، والاحتلام ، والإنبات والحيض أو الحمل بالنسبة للأنثى أو اللحية . الشرح الكبير 293/3 .

(3) الذي يحكم له بالسفه وإن ظهر رشده عند المالكية هو الصغير الذي لم يبلغ ، والبكر ذات الأب والوصي ، ما لم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس . واختلف في حده اختلافًا كثيرًا من دون الثلاثين إلى الستين . بداية المجتهد ج 2 ص 423 والشرح الصغير ج 3 ص 151 والكافي لابن عبد البر ص 423 .

بند [278] فك الوصاية وتعيين ولي للقاصر

القانون الفرنسي – نظرة عامة : فك الوصاية حالة يوضع فيها القاصر فتنتهي بها الوصاية والسلطة الأبوية . ويمنح القاصر نصف أهلية فيكون بها وسطًا بين قاصر فقط وبين بالغ سن الرشد فيتصرف منفردًا باستشارة وكيله الشرعي ، وهذا الوضع ينتج من عمل مجلس العائلة الاختياري أو من الزواج . وهو في الغالب يكون ليعمل القاصر كتاجر [1] .

أولًا – مأخذ فك الوصاية :

فك الوصاية نوعان : فك الوصاية الصريح ، وفك الوصاية الضمني ، ففك الوصاية الضمني هو الذي ينتج عن الزواج بموجب القانون ، فبمجرد زواج الذكر أو الأنثى التي تكون تحت الوصاية أصبح لا وصاية لأحد عليه قانونًا ، إلا حقوق الزوجية ، وفك الوصاية الصريح هو الناتج من الإرادة الصريحة المعبر عنها الممثل للقاصر ، وذلك :

1 – الطفل الخاضع للسلطة الأبوية فقط ، أو مع الوصاية : حق فك وصايته يتعلق بالأبوين ، أولًا بالأب ، ثم بالأم . وفك الوصاية ممكن من بلوغ الصغير 15 سنة (خمس عشرة سنة كاملة) بإعلان ذلك بإشهاد أمام قاضي الصلح وحضور كاتبه .

2 – والطفل الخاضع للوصاية فقط : حق فك وصايته يتعلق بمجلس العائلة لا بالوصي ؛ فإذا لم يجمع الوصي مجلس العائلة للتشاور في فك الوصاية فللأقارب إلى أولاد العم الأشقاء جمع المجلس لذلك ، ولا يكون فك الوصاية في حالة الوصاية إلا ببلوغ الصغير 18 سنة (ثماني عشرة سنة) فيعلن قاضى الصلح في محضر اجتماع مجلس العائلة بعد التشاور أن الصغير فكت عنه الوصاية .

ثانيًا – نتائج فك الوصاية : فك الوصاية ينتج نتائج بالنسبة لشخص القاصر ، وبالنسبة لأملاكه .

فبالنسبة لشخص القاصر يكون تقريبًا كالرشيد ، فيخرج من حق تهذيب الأب

(1) انظر : البنود من 476 إلى 487 في الباب الثالث من الكتاب العاشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 106 : 110 .

أو الوصي ومن حق الحفظ والتأديب ، وله اختيار محل إقامة كما يشاء ، وله أيضًا عقد الجندية .

ويبقى عديم الأهلية في شيئين :

1 - التبني الذي يفرض بلوغ الرشد .

2 - الزواج الذي يفرض رضاء الوالدين ومن في حكمها إلى سن 21 سنة (إحدى وعشرين سنة) .

وبالنسبة لأملاك القاصر ، يضع فك الوصاية نهاية إلى تمتع الأبوين القانوني ، ويعوض الإدارة القانونية والوصاية بنظام الوكالة أو الاستشارة .

بند [279] التشريع الإسلامي

فك الوصاية : هي حالة يخرج بها القاصر من الوصاية أو الولاية ، ويتساوى مع كاملي أهلية التصرف ؛ فمتى فكت الوصاية أصبح رشيدًا يتصرف في أمواله كما يشاء ، ولا يمنع من تصرف شرعي إطلاقًا ، وليس في حاجة لاستشارة أحد .

وفك الوصاية يكون من الأب أو الوصي أو مقدم القاضي (وصي الحاكم) وهو الآن بالديار المصرية بيد (المجلس الحسابي) .

وفك الوصاية نوعان : صريح كأن يقول الولي أو الوصي : أشهدكم أن محجوري فلان أصبح رشيدًا ، أو يقرر المجلس الحسابي فك الوصاية عن القاصر لبلوغه الرشد ، أو ضمني كأن يتصرف القاصر بمرأى ومسمع من وصيه أو وليه فيقر تصرفه [1] .

وأما الزواج فلا يخرج القاصر عن الوصاية ، لجواز الزواج قبل البلوغ رشيدًا ؛ إذ يجوز أن يكون قد تزوج قبل البلوغ ، أو بلغ ولم يعلم رشده ولم يصل إلى 18 سنة ولم يقره وصيه . والذي يملك فك الوصاية متنوع كما يأتي :

أولًا - الصبي متى بلغ رشيدًا خرج من حجر أبيه فلا يحتاج لفك إلا إذا كان

(1) لا يحتاج ذو الأب إلى فك من أبيه عند المالكية بخلاف ذي الوصي والمقدم فيحتاج إليه . ولا يحتاج الفكُّ منهما إلى إذن القاضي . وصورة الفك أن يقول للعدول : اشهدوا أني فككت الحجر عن فلان محجوري ، وأطلقت له التصرف وملكت له أمره لما قام عندي من رشده وحفظه لماله . الشرح الكبير 296/3 .

أبوه قد حجر عليه قبل الرشد وبعد البلوغ وأشهد على ذلك ، وحينئذ لا يخرج من الحجر إلا بالفك من الأب .

ثانيًا – من ليس له أب وله وصي أو مقدم (وصي القاضي) : لا ينفك الحجر عنه إلا بفك الوصي أو المقدم ، والذي يملك الآن فك الوصاية في هذه الحالة هو (المجلس الحسابي) بإقرار الوصي أو المقدم .

ثالثًا – من لا حجر عليه ولو كان سنه أقل من 21 سنة : يتصرف في أمواله كما يشاء ما دام بالغًا عاقلًا رشيدًا . ولا يمنع من تصرف شرعي إطلاقًا [1] .

ومن خرج عن الحجر وهو ابن أقل من 21 سنة يتصرف في ماله بسائر التصرفات الشرعية .

رابعًا – يفك الحجر عن الأنثى القاصر متى بلغت رشيدة حافظة لأموالها ، ومتى دخل بها الزوج وشهد العدول على صلاح حالها [2] .

ويصح فك الوصاية عن القاصر متى بلغ رشيدًا ولو قبل 18 ثمانية عشر عامًا .

نتائج فك الوصاية : بفك الوصاية عن القاصر أصبح حرًّا يذهب كما يشاء ، إلا إذا خيف عليه الهلاك أو الفساد ، إلا الأنثى فتضم للعصبة لحفظها حتى تتزوج ، فلا حق لأحد عليه من حفظ وتأديب وتعليم إلخ . ولا يستثنى من الأفعال شيء بالنسبة له ، فهو حر في جميع ما يفعل ما دام موافقًا للشرع . تستثنى البكر ومن في حكمها في الزواج (يراجع الرضا في الزواج) .

وتسليم أملاك القاصر إليه بما لها وما عليها متى فكت عنه الوصاية وهو عاقل رشيد ولا يخلف نظام الوصاية أي نظام آخر كاستشارة أو غيرها .

---

(1) والصبي محجور عليه عند المالكية إلى حين بلوغه رشيدًا فإن بلغ سفيهًا حجر عليه للسفه في الولد ذي الأب ولا يحتاج لفك حجره وإلى فك الوصي والمقدم عليه من القاضي . والحاصل أن الصبي إذا رشد بحفظ ماله لا يحتاج إلى فك الحجر عنه من أبيه ، بخلاف المقدم والوصي ، فيحتاج أن يقول للعدول اشهدوا أني فككت الحجر عن فلان . الشرح الصغير ج 3 ص 151 وبداية المجتهد ج 2 ص 292 .

(2) أما الأنثى المحجورة فلا يكفي بلوغها لرفع الحجر عنها ، وإنما يلزم فوق ذلك دخول زوج بها ، وشهادة اثنين فأكثر من العدول على صلاح حالها وحسن تصرفها ، فإن لم يدخل فهي على الحجر ، حتى لو شهدا برشدها . ومجرد الدخول كاف في ذات الأب . الشرح الكبير 298/3 .

بند [280] نظام وكيل القاصر

المرفوعة عنه الوصاية أو مستشار التركة

القانون الفرنسي : الذي له حق الوكالة أو الاستشارة شخصان فقط ، أي شخص يعينه مجلس العائلة . وليس للأب أو الأم تعيين وكيل للقاصر ولا لأصوله بل لمجلس العائلة تعيين شخص مستشار ، وللزوج الحق في أن يكون مستشارًا لزوجته المرفوع عنها الوصاية [1] .

عمل مستشار القاصر المرفوع عنه الوصاية : ليس له سلطان على شخص القاصر ولا على أملاكه في أي ناحية من نواحي الإدارة ولا يمثله فالقاصر وحده هو الذي يتصرف في جميع أعماله المدنية ؛ فلا رهن قانوني على عقار المستشار كالوصي ، ولا ضمان عليه إلا في حالة الغش أو الخطأ الفاحش .

مدى أهلية القاصر المرفوعة عنه الوصاية :

أولًا – أعمال يصح للقاصر المرفوع عنه الوصاية أن يعملها وحده ، وهي الأعمال الإدارية لجميع أملاكه ، ويدخل فيها :

1 – إعطاء عقد إيجار لعقار لا يزيد على 9 سنين .

2 – أخذ عقار بعقد إيجار .

3 – تسلم إيراده وإعطاء مخالصات عنه والتصرف فيه بحرية تامة .

4 – بيع محصوله الزراعي ، والتصرف في إنتاجه من عمله .

5 – رفع الدعاوى المتعلقة بالمنقول ، والدفاع عن نفسه فيها .

6 – عمل كل ما فيه التحفظ والمحافظة على أملاكه قانونًا .

ثانيًا – أعمال لا يصح للقاصر المرفوع عنه الوصاية عملها إلا بحضور مستشاره :

1 – تسلم حسابه من الوصي .

2 – رفع الدعاوى العقارية أو الدفاع فيها .

3 – تسلم رأس مال منقول وإعطاء مخالصة عنه واستغلاله .

---

(1) انظر : البنود من 476 إلى 487 في الباب الثالث ، من الكتاب العاشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 108 : 110 .

4 – رفع دعوى قسمة أو الدفاع فيها . 5 – قبول هبة بين الأحياء أو وصية .
6 – بيع منقولاته الجسمانية [1] .

ثالثًا – أعمال لا يصح للقاصر المرفوع عنه الوصاية عملها إلا بإذنٍ ، كالموصى عليه :
وهو كل عمل لا يدخل في إدارة أملاكه ولم يذكر في القسم الثاني من هذا الفصل ؛ فيجب عليه الحصول على إذن مجلس العائلة ، أو مع تصديق المحكمة ، وذلك :

1 – قبول ميراث أو رفضه ، فلا بد من إذن مجلس العائلة .

2 – بيع العقار أو رهنه أو عقد قرض ، فيجب إذن مجلس العائلة وتصديق المحكمة .

3 – الصلح كبيع العقار ، بزيادة أخذ رأي ثلاثة من رجال القانون .

ولا يجوز لمن رفعت عنه الوصاية الهبة بين أحياء والرضاء بالتحكيم .

أخيرًا يطبق قانون 27 فبراير سنة 1881 فيما يختص ببيع الأسهم المالية على القاصر الذي فكت عنه الوصاية ، إلا من فكت عنه الوصاية بسبب الزواج وإلا من فك عنه أبوه أو أمه الوصاية .

بند [281] التشريع الإسلامي

ليس لمن فكت عنه الوصاية وكيل أو مستشار ؛ فإن من خرج عن الحجر وهو ابن أقل من إحدى وعشرين سنة يتصرف في أمواله بسائر التصرفات الشرعية . والقاعدة التشريعية أنه إما أن يكون الشخص أهلًا للتصرف شرعًا ، أو لا أهلية عنده للتصرف [2] ، وليس هناك من وسط . غير أن التشريع الإسلامي كان حكيمًا فلم يرد أن يدفع الولي أو الوصي أموال القاصر إليه دفعة واحدة متى بلغ رشده ، بل أوجب اختبار القاصر مدة قصره ، ليتبين لوصيه أو وليه إن كان رشيدًا في تصرفه ، فيؤمن على ماله أم لا ، فقال : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ ﴾ أي اختبروهم ﴿ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ ﴾ يعني البلوغ الشرعي ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾ فإن علمتم فيهم تبصرًا وعقلًا وتصرفًا حكيمًا ﴿ فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [3] سلموهم أموالهم ليتصرفوا فيها كما يشاءون بعد البلوغ رُشدًا . فالاختبار

---

(1) يقصد المادية من الأعيان .

(2) قاعدة : الشخص إما أن يكون أهلا للتصرف شرعًا أو لا أهلية عنده للتصرف .

(3) سورة النساء الآية رقم 6 .

للقصر يكون قبل بلوغ سن الرشد أو البلوغ الشرعي ، فيعمل من رفعت عنه الوصاية رشيدًا كما يشاء ؛ فإن فسد المحجور بعد فك الوصاية عنه ، وتصرف تصرفًا سيئًا أضرّ بماله جدد القاضي الحجر عليه ، وعزل الوصي ، وأقام له مقدمًا (قيمًا) . فلمن فكت وصايته تسلُّمُ حسابه من الوصي ، ورفع الدعاوى العقارية على اختلافها والدفاع فيها ، وتسلم رءوس المال ، وإعطاء مخالصة عنه واستغلاله ، ورفع دعوى قسمة وقبول الهبة والوصية ، وبيع المنقول والعقار ، وقبول الميراث ، وعقد قرض ، والمصالحة وقبول التحكيم . كل هذا يعمله منفردًا بدون إذن من أحد ، أو مساعدة أحد [1] .

بند [282] حكم ما يعمله القاصر المرفوع عنه الوصاية

القانون الفرنسي : أولًا الأعمال التي يجوز له عملها فقط متى تمت تقع صحيحة كأنها من رشيد ، إلا إذا التزم بموجب عقد كالشراء ونحوه ، فيجوز للقاصر نفسه فقط الحصول ، على تخفيض ما التزم به متى ثبت أنه زاد عن حده ، وللمحكمة كاملُ الحق في بحث سوء النية أو حسنها فيمن تعاقد معه ، وحالة مالية القاصر ووجود فائدة أو عدم وجودها في التخفيض [2] .

ثانيًا – الأعمال التي لا يجوز له عملها إلا بحضور مستشاره ، متى عملها منفردًا يصح إلغاؤها بطلب القاصر من المحكمة ، وعليه إثبات أنها سببت له غبنًا فاحشًا .

ثالثًا – الأعمال التي لا يجوز له عملها إلا بإذن مجلس العائلة مع أو بدون تصديق المحكمة عليها ، متى عملها منفردًا يصح إلغاؤها لنقص في تطبيق القانون لا بالغبن الفاحش .

أهلية خاصة لقاصر رفعت عنه الوصاية وهو تاجر : لأجل أن يكون القاصر تاجرا عليه استكمال ما هو مطلوب قانونًا (المادة الثانية ، قانون تجاري) ويكون بعد ذلك متمتعًا بالرشد التام ليعمل كل ما هو مطلوب ولازم لأعمال التجارة حتى رهن العقار لحاجات التجارة ، لكن لا يجوز له بيع عقاره إلا بملاحظة قواعد القانون المدني (المادة السادسة ، قانون تجاري والمادة 487 قانون مدني) .

---

(1) يقول الدردير : « والصبي محجور عليه لمن ذكر لبلوغه رشيدًا » الشرح الصغير ج 3 ص 151 بداية المجتهد ج 2 ص 293 .

(2) انظر : البنود من 476 إلى 487 في الكتاب الثالث من الكتاب العاشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 108 : 110 .

الأسباب المنهية لفك الوصاية : السبب العادي لإلغاء فك الوصاية هو بلوغ القاصر سن الرشد ، ولكن يجوز إلغاء فك الوصاية وذلك في فك الوصاية الصريح فقط ، وأما فك الوصاية الضمني فهو غير قابل للإلغاء .

وسبب إلغاء فك الوصاية واحد فقط وهو التخفيض بقرار يصدر من المحكمة في عقد التزم فيه القاصر بما زاد عن حد المتعارف ، وليس سوء سيرة القاصر سببًا في إلغاء فك الوصاية ، والطريق التي اتبعت في فك الوصاية من أب أو أم تتبع في إلغاء فك الوصاية ، فيعلن أمام قاضي الصلح من فك الوصاية أنه سحبها وأعاد القاصر كما كان .

ونتيجة ذلك إعادة الشخص إلى ما كان عليه قبل فك الوصاية فإن كان أبواه موجودين عاد إلى السلطة الأبوية ، فإن كان أحدهما قد مات عاد للسلطة الأبوية مع الوصاية ، فإن مات أبواه عاد للوصاية فقط .

بند [283] التشريع الإسلامي

كل تصرف يصدر عن القاصر الذي فكت عنه الوصاية أو رفعت عنه الولاية فهو صحيح [1] ، وأما الصبي المأذون له في التجارة فتصرفاته نافذة في مصلحة

---

(1) تناولت المادة 97 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية صحة تصرفات الصبي المميز البالغ من العمر ثمانية عشر عامًا ، والمأذون له في تسلم أمواله لإدارتها . وكان القانون المدني المصرى الجديد (مادة 112) يخول القاصر الذي بلغ الثامنة عشرة الحق في تسلم أمواله وإدارتها بحكم القانون دون حاجة إلى إذن ما لم يمنع من التصرف . ثم جاء قانون المحاكم الحسبية الصادر سنة 1947 ومن بعده قانون الولاية على المال الصادر في سنة 1952 فاشترط كلاهما الإذن .

وتقابل المادة 98 فقرة أولى من التقنين العراقي التي تقول : « للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقدارًا من ماله ويأذن له في التجارة تجربةً . ويكون الإذن مطلقًا أو مقيدًا » .

وكذلك المادة 101 فقرة أولى من التقنين العراقي التي تقول : للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الإذن وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك .

كما تقابل المادة 119 فقرة أولى من التقنين الأردني التي تنص على أن : « للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له . ويكون الإذن مطلقًا أو مقيدًا » .

وكذلك المادة 123 فقرة أولى من التقنين الأردني التي تنص على أن : « للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الإذن وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك » .

انظر المادة 968 من المجلة وما يليها . وتطابق في حكمها المادة 88 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في التعليق على المادة 97) .

التجارة إلا إذا حجر عليه من له الولاية أو الوصاية عليه فيمنع من التصرف [1] ويعود قاصرًا غير مأذون له [2] .

وأما الصبي الذي في حالة الاختبار ، ولم تفك عنه الوصاية فتصرفاته خاضعة للوصي أو الولي فإن رأى خيرًا أجازه وضرًّا منعه ، وللوصي أو الولي تقدير حال القاصر مدة الاختبار فإن كان القاصر سيئ التقدير أو مبذرًا متلافًا لماله يخشى على ماله منه حجر عليه أبوه قبل الرشد وبعد البلوغ ، وأشهد على ذلك ، وحينئذ يعود كما كان ولا يخرج من الحجر إلا بفك الوصاية بعد حسن حاله [3] .

---

(1) يتفق هذا ما جاء في المادة 100 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها :

1 – يسري على تصرف السفيه وذي الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام .

2 – أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو موقوفا إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

فبعد تسجيل قرار الحجر يكون تصرف السفيه أو ذي الغفلة الدائر بين النفع والضرر موقوفًا على إجازة القيم في الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداء أو إجازة المحكمة أو إجازته هو بعد رفع الحجر .

أما قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون هذا التصرف موقوفا إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

والمادة تقابل المادة 110 مدني مصري ، والمادة 129 من التقنين الأردني ونصها :

1 – يسري على تصرفات المحجور للغفلة أو السفه ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام ، ولكن وليّ السفيه المحكمَةُ أو من تعينه للوصاية عليه ، وليس لأبيه أو جده أو وصيهما حق الولاية عليه .

2 – أما تصرفاته قبل الحجر فمعتبرة ؛ إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ .

وتقابل المادة 101 من التقنين الكويتي ، والمادة 990 من المجلة التي تقول : « السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز ، لكن ولي السفيه الحاكم فقط وليس لأبيه وجده وأ وصيائه عليه حق ولاية .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة 100 .

(2) وتصرف السفيه الذكر البالغ المهمل المحقق السفه قبل الحجر عليه محمول على الإجازة فلا يرد . قوله إلا إذا أذن له سيده في التصرف في يومه فإن تصرفه يكون ماضيا . والمأذون له في التجارة لا حجر عليه ، سواء كان الإذن في كل نوع أو في نوع واحد . وحكمه إذا أذن له في التجارة أنه كوكيل مفوض . حاشية الدسوقي والشرح الكبير 297/3 .

(3) تناولت المادة 96 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية حكم تصرفات الصبي المميز ونصها :

1 – إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررًا محضًا .

2 – أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر . فتكون موقوفة لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة =

ولا يجوز الرجوع في فك الوصاية الصريح أو الضمني إلا إذا حدث ما يوجب الحجر من أسباب طارئة تستوجب ذلك فينتقل القاصر من حالة القصر والوصاية إلى حالة السفه والتبذير والقوامة ، فللوالد الحجر على ولده لحفظ ماله ، ويشهد على ذلك ، فمن باعه أو ابتاع منه فهو مردود ، وهذا يختص به القضاء لاحتياجه إلى نظر واجتهاد . والسبب في منع الصغير من مباشرة أعماله مدة الاختبار قبل فك الوصاية هو سوء تقديره وعدم تبصره في مصلحته وإدارة أمواله . وسوء سيرة القاصر الشخصية التي تقتضي إسرافًا وتبذيرًا تكون سببًا في كف يده عن التصرف أيضًا . ومتى منع القاصر من التصرف فهو تحت الوصاية وعمله مردود ، ومنظور له دائمًا بعدم تحري المصلحة . فإن بلغ رشيدًا محسنًا التصرف فكّت وصايته ، وإلا طبقت عليه أحكام السفيه أو المبذر أو المجنون إلخ فينقلب محجورًا عليه ذا ولي (قيم) [1] .

نتيجة المقارنات من بند 253 إلى نهاية بند 283

يتفق التشريعان فيما يأتي : حماية عديم الأهلية - أسباب عدم الأهلية (في الغالب) - الوصاية على القاصر الذي لم تفك عنه الوصاية - نظام الوصاية - وصاية أحد الأبوين الباقي بعد الآخر (في الجملة) - الوصي المختار - الوصاية للأصول (في الجملة) - الوصي المعين - المشرف (في الجملة) - مجلس العائلة (في الجملة) - الإعفاء من الوصاية - أسباب عدم الأهلية للوصاية - أسباب الاستبعاد أو الإقالة من الوصاية - وظائف الوصي - مدى سلطة الوصي (في الجملة) واجبات الوصي (عند دخول الوصاية - مدة وصايته (في الجملة) - في

= بحسب الأحوال وفقًا للقانون .

وهذه الأحكام مستمدة من الشريعة الإسلامية . وهو ما جاء في المادة 97 فقرة أولى من التقنين العراقي ، والمادة 118 فقرة أولى وثانية من التقنين الأردني . والمادة 967 من المجلة العدلية ، والمادتين 270 و 271 من مرشد الحيران . (انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة 96 .

(1) يقول ابن عبد البر : « ومن أراد الحجر على ولده البالغ فليأت به الحاكم حتى يشهده عنده على حاله ويمنع الناس من مداينته ومعاملته » الكافي لابن عبد البر ص 423 والشرح الصغير ج 3 ص 152 وما بعدها وبداية المجتهد ج 2 ص 417 وما بعدها .

نهاية الوصاية) – فك الوصاية (في الجملة) . ويختلفان فيما يأتي .

الوصاية القانونية – حماية القاصر الذي بلغ رشده – نتائج فك الوصاية – مستشار التركة .

بند [284] الحجر القضائي

القانون الفرنسي : الشخص الذي يصاب بخلل عقلي يمكن وضعه قانونًا في أحد الأقسام الآتية :

1 – يمكن أن يكون محجورًا عليه قضائيًا .

2 – يمكن أن يكون موجودًا في مصحة المجانيين .

3 – يمكن ألا يكون محجورًا عليه قضائيًا ولا موجودًا في مصحة المجانين .

والحجر القضائي هو حالة يوضع فيها الشخص لحمايته بوضعه في الوصاية ، وذلك لكل شخص عنده ، بله في عقله أو جنون أو هياج .

أسباب الحجر القضائي : سبب الحجر القضائي يرجع إلى حالة البَلَه أو الجنون أو الهياج . وللتغيير العقلي ثلاثة أشكال وهي :

أولًا – البَلَهُ ، وهو يفرض وقوف انتشار القوة العاقلة التي تبقى بلا حركة .

ثانيًا – الجنون ، وهو ضعف القوى العاقلة والذي ينتج عنه بلبلة الأفكار .

ثالثًا – الهياج ، وهو خلل في مجموع الأعضاء الذي ينتج عنه أعمال القوة والقهر الخطرة بالنسبة للمجنون ولمن حوله .

والحجر القانوني يكون للذكور والإناث والرشد ومن فكت عنهم الوصاية والقصر متى وجد سببه وحكمت به المحكمة .

طريقة الحجر القانوني ، ومن له طلب الحجر .

القانون منح ثلاثة أشخاص حق طلب الحجر القضائي وهم :

1 – أحد الزوجين بالنسبة للآخر لوجود المصلحة الأدبية والمادية .

2 – كل الأقارب من غير تفريق بين أقارب شرعيين أو طبيعيين أو متبنيين أو بعيدين أو قريبين .

3 – النائب العام في حالة الهيجان وجوبًا ، حتى ولو كان له زوج أو أقارب ، واختياريًّا في الحالتين الأخريين ومساعدًا ، وليس ممكنًا إلا إذا لم يكن للمجنون لا زوج ولا أقارب [1] .

بند [285] القانون الروماني

المجنون نوعان :مجنون يفيق أحيانًا ، ومجنون مطبق أو أبله ، ففي روما كان المجنون المتقطع جنونه هو الذي يعين له قيم شرعي لمصلحته لا لمصلحة العائلة . ثم تدرج التشريع وعين القيم للنوعين ، وكان تعيين القيم شرعيًّا أو بالوصية أو بالقاضي .

وعدم أهلية الأبله يكون في أي عمل قانوني يعمله ، وعدم أهلية المتقطع جنونه كان وقت جنونه وفي صحوته كان كامل الأهلية في كل شيء [2] .

بند [286] التشريع الإسلامي

التشريع الإسلامي : الحجر لا يوصف بأنه قانوني ولا قضائي ، اللّهم إلا بنسبته لمصدره ، فإن تمشينا على هذا المبدأ وجدنا حقيقة حجرًا قضائيًّا أي يصدر عن حكم ، وحجرا قانونيًّا أي بنص القانون ، فالأول كالحكم بالحجر على المجنون والسفيه والمبذر . والثاني كاعتبار المدين المفلس محجورا عليه في تصرفه لسداد دين الغرماء أو اعتبار المريض مرضًا مميتًا محجورًا عليه فيما زاد على الثلث واعتبار المرأة المتزوجة محجورًا عليها في تبرعها فيما زاد على الثلث (عند مالك) [3] .

فالمجنون أيا كان نوع جنونه (بله أو جنون أو هياج) يحجر عليه .

فالحجر إذًا هو وصف يلحق الشخص الذي اعتراه أسباب خاصة كجنون وسفه وتبذير إلخ فيسلب عن الشخص المتصف به أهلية التصرف الكاملة ، ولا بد من حكم حاكم ليتحقق الأسباب القاضية بالحجر ؛ لأنه يخرج الإنسان من دائرة

---

(1) انظر : البنود من 489 إلى 512 في الباب الثاني من الكتاب الحادي عشر ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الأول ص 111 : 115 .

(2) انظر : الباب الثالث والعشرون ، من الكتاب الأول من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، ص 45 – 46 .

(3) راجع حق الزوج في الحجر على الزوجة في التصرف بالتبرع فيما زاد على الثلث من أموالها في الشرح الصغير جـ 3 ص 151 .

التكليف بماله وما عليه ، ويلحقه بالقاصر المحجور عليه المسلوب أهلية التصرف .

وسبب الحجر القضائي : جنون وتبذير للمال أيا كان نوع الجنون ، والحجر القانوني يكون للذكور والإناث والرشد ومن فكت عنهم الوصاية ، والقصر ، ولو لم يوجد غير السن فإن القاصر محجور عليه أي ممنوع من التصرف وخاضع لوليه أو وصيه في نفسه وماله .

والذي له الحق في الحجر على المجنون أبوه أو وصيه إن كان جن قبل البلوغ ، وإلا فالحاكم إن وجد وانتظم ، وإلا فجماعة المسلمين ، وأحد الزوجين على الآخر . وهذا حق عام يجب على المسلمين القيام به ، فإن قام بعضهم به سقط عن الباقين ، وهذا معنى (وإلا فجماعة المسلمين) ، وليس في ذلك ترتيب بل يصح أن يطلب الحجر أحد الناس مع وجود قريب للمجنون مثلًا [1] ولكنه لم يتقدم بالطلب [2] .

بند [287] سير القضية

القانون الفرنسي : المحكمة المدنية التابع لها محل إقامة المطلوب الحجر عليه هي المختصة ، فيرفع الطلب لرئيس المحكمة مبينًا فيه سبب طلب الحجر والأدلة التي

---

(1) يتفق الحكم بالحجر على هؤلاء الأشخاص في الفقه المالكي مع ما جاء في المادة 98 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « تحجر المحكمة على المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون . وتقابل المادة 94 من التقنين العراقي التي تقول : « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم » . وكذلك المادة 95 من هذا التقنين التي تقول : « تحجر المحكمة على السفيه وذي الغفلة ويعلن الحجر بالطرق المقررة » . وتقابل المادة 127 من التقنين الأردني التي تقول :

1 - الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم .

2 - أما السفيه وذي الغفلة فتحجر عليهما المحكمة ، وترفع الحجر عنهما وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون .

3 - يبلغ قرار الحجر للمحجور ويعلن للناس سببه وتكون تصرفاته قبل ذلك نافذة . وتقابل المادة 957 من المجلة العدلية التي تقول : « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم » . وكذلك المادة 958 من المجلة العدلية التي تقول : « للحاكم أن يحجر على السفيه » . وتقابل المادة 85 من التقنين الكويتي . (انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة 98 .

(2) نص فقهاء المالكية على أحكام الحجر على المجنون ، انظر : الشرح الكبير 292/3 .

يرتكز عليها ، فيبلغ الطلب إلى النيابة العمومية ، ثم يُعَيَّن قاض من المحكمة لبحث الموضوع وتقديم تقرير في يوم محدد [1] ، وبعد سماع التقرير ورأي النيابة تدعو المحكمة مجلس العائلة ليعطي رأيه عن حالة الشخص موضوع الدعوى ومن طلب الحجر لا يكون عضوًا في مجلس العائلة إلا إذا كان زوجًا أو ابنًا لمطلوب الحجر عليه ، ثم تسمع المحكمة دفاع المدعى عليه بحضور ممثل النيابة ، فإذا لم تقتنع المحكمة بما تقدم لها من مستندات ومن مناقشة المدعى عليه ومن رأي مجلس العائلة يمكنها أن تركن إلى ما تراه موصلًا للحقيقة من عمل تحقيق وتعيين طبيب شرعي . وبعد هذا كله تنظر المحكمة في الدعوى وتسمع المرافعات وتصدر حكمها في جلسة علنية ، وللمحكمة ثلاثة أحوال :

1 - رفض طلب الحجر فقط من غير تقرير شيء آخر .

2 - توقيع الحجر .

3 - تقرير اتخاذ بعض احتياطات بتعيين مجلس قضائي للمدعى عليه .

إعلان حكم الحجر : من مصلحة غير المتداعين إعلان حكم الحجر ، فراعى القانون ذلك وجوبًا كالآتي :

أولًا - في عشرة أيام يجب أن يكون حكم الحجر قد كتب وسجل وأعلن في محل الإعلانات بصالة المحكمة وفي مكاتب مسجلي العقود في دائرة المحكمة .

ثانيًا - في مدى شهر يستخرج ملخص حكم الحجر بمعرفة محضر الدعاوى الوكيل عن طالب الحجر ، ويسلم إلى قلم كتاب محل منشأ المحجور عليه لتسجيله في سجل خاص تعطى منه صورة لكل من يطلبها (ويعتبر هذا سجل سوابق مدنيا) .

نتائج الحجر القضائي : ينتج عن الحجر القضائي شيئان :

1 - وضع المحجور عليه تحت الوصاية .

2 - جعل المحجور عليه ليس أهلًا لممارسة حقوقه . وصاية المحجور عليه قضائيًّا ومسئولية وصيه هي عين وصاية القاصر التي لم تفك وصايته ، فتسري عليه

---

(1) انظر : البنود 489 إلى 515 ، في البابين الثاني والثالث من الكتاب الحادي عشر ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الأول ص 111 : 115 .

أحكامه ، غير أن وصاية المحجور عليه لها بعض أحكام خاصة وهي :

أولًا – في تعيين الوصي : لا يوجد وصي مختار للأب ولا للأم ولا وصي وصيه ، ولكن الوصي يعينه مجلس العائلة أصالة إلا الزوج ، فهو وصي على زوجته قانونًا ، وأما الزوجة فتصلح أن تكون وصيًا بشرط أن يعينها مجلس العائلة ، ويعين لها شكل وشروط الإدارة .

ثانيًا – مدة أعمال الوصي : وصي المحجور عليه غير أحد الزوجين والأصول والفروع له الحق في طلب إخلاء طرفه من الوصاية في نهاية عشر سنين ، لعدم معرفة مدة الوصاية في الحجر القضائي ، فأعطى القانون للوصي هذا الحق . وأما في وصاية القاصر فمعروف أمدها ببلوغ القاصر سن الرشد .

ثالثًا – استثمار أموال المحجور عليه : أموال القاصر تستثمر ، ويكون له منها رأس مال . وأما أموال المحجور عليه فتصرف على تحسين صحته وتخفيف وطأة مرضه ، فيقر مجلس العائلة الصفة التي بها يعالج ، بوضعه في مصحة أو معالجته في منزله ، أو كما يرى .

رابعًا – الاحتياطات الخاصة بأولاد المحجور عليه : إذا كان للمحجور عليه أولاد غير متزوجين فمجلس العائلة يحدد المهر الذي يعطى لهم ، وذلك بالطبع بعد الإنفاق عليهم حسب القانون .

بند [288] التشريع الإسلامي

الحجر يختص به القضاء فلا يصدر حجر قضائي بدون حكم ، وأما الحجر للصغر فمفروض قانونًا فهو حجر قانوني بدون حكم ، فيجب أن يتقدم طالب الحجر لمن له أن يحكم بذلك بطلب الحجر ويقدم عليه أدلته ، وللقاضي تقدير الأدلة والاستعانة بأهل خبرة وسؤال الأهل والجيرة والتقصي عن حقيقة الدعوى وأدلتها والحكم فيها بما يراه (والحكم بالحجر الآن في الديار المصرية للمجلس الحسابي وهو مؤلف من : قاض أهلي مدني ، وقاض شرعي ، وعضو من الأعيان ، وكاتب المجلس) .

وللمجلس رفض الدعوى إذا لم يقم عليها دليل مقنع أو مثبت ، وقد تكون دعوى كيدية ، وعليه الحكم بالحجر متى ثبت ذلك بالدليل القاطع .

والإشهاد على الحجر من الأب مثلًا والنطق بالحكم علنًا وتعيين قيم يجعل الحجر معلومًا للكافة وكل هذه طرق للاحتياط والنظام فلا تتنافى مع القواعد الشرعية من وجوب تنظيم الحياة بما يحفظ للناس حقوقهم .

وينتج عن الحجر القضائي والقانوني بالنسبة للصغير وضع المحجور عليه تحت القوامة وسلب أهلية التصرف في حقوقه عنه ، والقوامة على المحجور عليه ومسئولية القيم عليه هي عين وصاية القاصر الذي لا زال تحت الوصاية فتسري عليه أحكامه . والقيم على المجنون هو :

أولًا – الحجر والقوامة أو الوصاية على المجنون لأبيه أو وصيه إن كان وجن قبل البلوغ فيصح وجود الوصي المختار .

ثانيًا – عند عدم الأب أو وصيه وجن قبل البلوغ ، فالحجر وتعيين الوصي أو القيم للحاكم .

ثالثًا – المجنون بعد البلوغ أمره للحاكم في الحكم بالحجر وتعيين الوصي أو القيم ، ولو مع وجود الأب [1] . وقد يكون وصيًا أو قيمًا متى رأى الحاكم مصلحة المجنون في ذلك ، كما يجوز تعيين الزوج أو الزوجة قيمًا أو وصيًا على الزوج الآخر المجنون متى كان في ذلك مصلحة أيضًا من غير شرط ولا قيد سوى إمكان إدارة أموال المحجور عليه والمحافظة عليها وعدم تبديدها إلخ .

ويجوز للوصي أو الولي طلب الخروج عن عهدة القوامة أو الوصاية متى دعته ضرورة لذلك إلا إذا تعينت فيجب عليه عدم التخلي عنها .

أموال المجنون ينفق منها على معالجته أولًا ، فإن فضل فلمن تجب عليه نفقتهم من زوجة وصغار حسب ما تقدم في وجوب النفقة ، وليس في التشريع الإسلامي إعطاء مهر للزواج ، فإن كان فضل فهو تبرع من الأب لأولاده ، وإلا فلا وجوب بشيء عليه ، ومعلوم أن البنت لا تدفع مهرًا بل يُدفع لها مهر .

بند [289] عدم أهلية المحجور عليه قضائيًا

القانون الفرنسي : المحجور عليه ليس أهلًا لإتمام أي عمل يتعلق بأمواله كالقاصر

---

(1) قاعدة : المجنون بعد البلوغ أمره للحاكم في الحكم بالحجر وتعيين الوصي أو القيم ولو مع وجود الأب .

غير مرفوع الوصاية عنه ، فهو ممنوع من مباشرة حقوقه المدنية ، فلا يحضر في أي عمل بشخصه يكون خاصًّا بأملاكه ، وهو ممثل دائمًا بوصيه الذي يعمل في مكانه [1] .

حكم ما يعمله المحجور عليه بعد حكم الحجر :

أولًا – الأعمال التي يعملها المحجور عليه بعد الحكم عليه بالحجر تعتبر لاغية إلغاءً خاصًّا ، والذي له الحق في طلب إلغائها هو المحجور عليه فقط أو وصيه ، ويجب على المحكمة الحكم بالإلغاء متى رفع إليها الأمر بعد تحقق أن الشخص محجور عليه قضائيًّا ، ووقت صدور الحكم بالحجر سابق على هذا العمل .

ثانيًا – الأعمال التي يعملها المحجور عليه قبل الحكم عليه بالحجر تكون صحيحة ، إلا إذا كان سبب الحجر موجودًا بحالة ظاهرة ، وكان العمل قد تم في ذلك الوقت فيجوز إلغاء هذه الأعمال .

والمحكمة تبحث موضوع طلب الإلغاء ، وتبحث عن حسن أو سوء نية من تعاقد مع المجنون قبل الحجر عليه ، وهل كان في فترة تعقل وقت العقد ، وهذا الإلغاء خاص للمحجور عليه طلبه فقط .

ثالثًا – هل يجوز للمحجور عليه قضائيًّا أن يتزوج وأن يعمل وصيته وأن يعترف بولد طبيعي ؟ المسألة خلافية فقيل : نعم ، وقيل : لا وكلٌّ يؤيد وجهة نظره ، ورجحوا أن له ذلك .

الحجر القضائي ليس نفسه سببًا في إعفاء المحجور عليه من مسئوليته الجنائية أو المدنية ، فالسبب الوحيد لإعفائه هو الجنون وقت العمل فقط .

بند [290] التشريع الإسلامي

المحجور عليه ليس أهلًا للتصرف في أمواله كالقاصر ، فوصيه هو المتصرف وحده ؛ فالمجنون بصرع أو استيلاء وسواس مطبقًا أو متقطعًا محجور عليه من حين جنونه للإفاقة من جنونه بالغًا رشيدًا ، وأما المجنون بالطبع فلا نهاية لحجره بالإفاقة .

فتصرفات المجنون باطلة قبل الحجر عليه وبعده ، فلوصيه ولورثته بعد وفاته رد

---

(1) انظر : البنود من 489 إلى 515 في البابين الثاني والثالث ، من الكتاب الحادي عشر ، عن تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 111 : 115 .

تصرفه ، ولمن عاقده القيام على وليه أو وارثه برد ما تعاقد عليه .

فالمجنون ليس أهلًا للتقاضي ما دام كذلك ، فإن أفاق من جنونه بالغًا رشيدًا فله الرجوع في تصرفه لأنه وقع باطلًا أثناء جنونه . وعلى المحكمة الحكم بالبطلان متى ثبت تصرفه وقت جنونه .

وأما تصرف السفيه الذكر البالغ المهمل المحقق سفهه قبل الحجر عليه فمحمول على الإجازة فلا يرد عند مالك ورده ابن القاسم [1] (من أصحاب مالك ومجتهدي مذهبه) .

وأما الصبي والأنثى فتصرفهما مردود اتفاقًا إن كان بغير معاوضة ، وإلا فللولي النظر للمصلحة . وأما مجهول السفه حال التصرف فتصرفه ماض [2] .

تزوُّج السفيه المحجور عليه والقاصر المميز موقوف على إجازة الوصي . وزواج المجنون باطل لعدم الإرادة والاختيار ، وهو شرط في كل العقود لصحتها ، وهي موجودة في السفيه والقاصر ، ولكنها غير كاملة ولذلك احتيج لإذن الوصي وإجازته متى رأى المصلحة في ذلك .

وليس للمجنون استلحاق ولد مجهول النسب به ، ولكن للمحجور عليه لسفه استلحاق الولد بشروط الاستلحاق ، وليس للوصي منعه من ذلك ، وليس للمجنون عمل وصية لفقد اختياره وإرادته . وتصح وصية السفيه المحجور عليه –

---

(1) ابن القاسم : هو عبد الرحمن بن القاسم العتقي المصري المكنى بأبي عبد اللّه . روى عن مالك وعبد الرحمن بن شريح ؛ وعنه أخذ أصبغ ، والحارث بن مسكين ، وسحنون ، وابن عبد الحكم وغيرهم ، وهو أثبت الناس في مالك وأعلمهم بأقواله ، صحبه عشرين سنة . مات بمصر سنة 191 هـ . تذكرة الحفاظ 356/1 سير أعلام النبلاء 72/8 .

(2) يتفق الحكم المقرر في الفقه الإسلامي بالنسبة للحجر على المعتوه والصغير مع ما جاء في المادة 99 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . وتقابل المادة 107 من التقنين العراقي التي تقول : « المعتوه هو في حكم الصغير المميز » . وكذلك المادة 108 من هذا التقنين التي تقول : « المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز ، أما المجنون غير المطبق فإن تصرفاته في حالة إفاقته كتصرفات العاقل » . وتقابل المادة 128 من التقنين الأردني التي تقول :

1 – المعتوه في حكم الصغير المميز .

2 – المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز ، أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة إفاقته كتصرف العاقل .

وتقابل المادة 978 و 980 من المجلة العدلية التي تطابق نصوص التقنينين العراقي والأردني المذكورة . وتقابل المادة 269 من مرشد الحيران . وتقابل المواد 88 ، 99 ، 100 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة 99 .

وأما التبني فغير جائز في التشريع الإسلامي .

بند [291] الفرق بين المحجور عليه قضائيًا والمحجور عليه قانونًا

القانون الفرنسي : الحجر القضائي هو تدبير احتياطي لحماية شخص أصيب في قواه العقلية نظمه القانون لمنفعة هذا الشخص . والحجر القانوني عقاب تابع نتج بقوة القانون من عقاب جنائي بدني نافذ مخل بالشرف ، وذلك لمنعه من التصرف في أملاكه مدة تنفيذ العقوبة (الحكم عليه) فينتج من هذا أن تصرف المحجور عليه قضائيًّا خاضع للإلغاء الخاص يمكن أن يسقط بمضي المدة ، وهو حق للمحجور عليه فقط بخلاف تصرف المحجور عليه قانونًا فهو خاضع للإلغاء المطلق ، فيصح لأي شخص طلب إلغائه بقوة القانون [1] .

نهاية الحجر القضائي ينتهي الحجر القضائي لسببين :

1 - موت المحجور عليه ، فعلى الوصي تقديم الحساب النهائي إلى الورثة إذا كانوا غيره .

2 - يرفع الحجر عن المحجور عليه بحكم يصدر من المحكمة المدنية ، متى زالت الأسباب التي أدت إلى الحجر . وطريق السير في رفع الحجر مثل السير في الحجر . ونتيجة الحكم برفع الحجر هي وضع حد للوصاية في المستقبل وزوال عدم أهلية المرفوع عنه الحجر .

الإدخال في مصحة المجانين :

مضمون قانون 1878/6/30 :

يحتوي القانون على ثلاثة مقاصد أصلية :

أولًا - حماية الهيئة الاجتماعية من تعدي المجانين .

ثانيًا - المحافظة على حرية الشخص المجنون نفسه من التعرض لخطر الحبس الاستبدادي .

ثالثا - الحصول على العناية بأشخاصهم والمحافظة على أملاكهم . وإن شرح كيفية إدخال المجانين إلى مصحة الجنون والتكلم على هذا القانون عمل إداري لا فائدة منه في ترجمة القانون المدني العام لذلك ضربت صفحًا عنه .

---

(1) انظر : البنود من 489 إلى 515 في البابين الثاني والثالث من الكتاب الحادي عشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 111 : 115 .

بند [292] التشريع الإسلامي

الحجر القضائي : هو الذي صدر به حكم قضائي بوضع شخص تحت الحجر وعدم نفاذ تصرفاته حماية له ويكون في الجنون والتبذير .

والحجر القانوني هو الذي قرره القانون وافترض وجوده في أشخاص معينين ، وهم : الصبي ، والمفلس ، والرق ، والمرض التزوُّج للمرأة ، فالصبي محجور عليه لأبيه أو وصيه أو القاضي ، والمفلس محجور عليه لغرمائه متى حكم عليه بالإفلاس أو توقف عن الدفع أو قام عليه غرماؤه وليس عنده الوفاء ، والرق محجور عليه لسيده ، والمريض مرضًا مميتًا كمريض السل ومن في حكم المريض مرض الموت كحمى شديدة كالتيفوس والتيفود والنخاع والحمى الشوكية إلخ وكل مرض شديد يغلب فيه الموت . ويدخل في حكم المريض مرضًا مخوفًا الحامل بعد ستة أشهر ، والمحبوس لقتل ثبت عليه ببينة أو إقرار ، والمحبوس لقطع عضو خيف الموت منه ، وحاضر في صف القتال ، كل هؤلاء محجور عليهم لورثتهم فيما زاد على الثلث في التبرع كهبة وصدقة ووقف ووصية ، ويحجر على زوجة لزوجها في أزيد من الثلث في التبرع لغير زوجها ، فإن كان تبرعها لزوجها ولو بكل مالها فلا اعتراض لأحد وتصرفها نافذ .

وليس في التشريع الإسلامي عقاب تبعي كالحجر على المحكوم عليه ؛ فالمحكوم عليه بسجن يجوز تصرفه ، ولكنه لا يمكَّن منه لحبس حريته عن مقابلة أي شخص أو الاختلاط بأحد حتى ولا بكل المساجين . لهذا جاز له عمل وكيل ، أو تقيم المحكمة قيمًا من قبلها يراعي مصلحته ويحافظ على حقوقه .

وليس تصرف المسجون باطلًا لأنه لا حجر عليه بسبب السجن إلا أن يحجر عليه لسبب الجنون أو التبذير .

وينتهي الحجر على الصبي ببلوغه رشيدًا حافظًا لماله ، وعلى السفيه بزوال سبب الحجر ورشده بالغًا أمينًا على ماله ، وعلى العبد إلى الإذن من السيد أو العتق ، وعلى المريض ومن في حكمه بزوال موجبه ، وعلى الزوجة بطلاقها أو بموت زوجها ، وعلى المجنون بالإفاقة من جنونه بالغًا رشيدًا ، فحجر كل هؤلاء ينتهي

بزوال سببه ، أو بموت المحجور عليه [1] .

ونتيجة رفع الحجر بحكم القاضي أو بغيره هي وضع حد للقوامة أو الوصاية وزوال عدم أهلية المحجور عليه . وأما إدخال المصحة للمجانين فهي طريق للتداوي فتقدم على من عداها في الإنفاق كما سبق الإشارة إلى ذلك .

بند [293] اختلال القوى العاقلة بدون حكم قضائي ولا إدخال في مصحة

القانون الفرنسي : العته المجرد أو الجنون بالفعل بالنظر لذاته ، ينتج عن ثلاث حالات [2] :

أولًا – عدم وجود العمل الذي تم من المجنون قانونًا .

ثانيًا – يمحو المسئولية الجنائية .

ثالثًا – يبعد المسئولية المدنية في الأعمال التي تستحق التعويض .

عدم وجود الأعمال التي يتمها المجنون وقت جنونه :

هذه الأعمال غير موجودة في نظر القانون ؛ فكل شخص له مصلحة يمكنه رفع الأمر للمحكمة لتقرير عدم الوجود ، وهذا العدم القانوني لا يمحى لا بمضي الزمن ولا بإصلاحه ، وذلك لأن المجنون فاقد الإرادة ويشترط في الأعمال القانونية أن يكون الطرفان متمتعين بإرادتهما الكاملة ، ويشترط أن يكون العمل تم وقت الجنون لا قبله ولا بعده .فإذا مات المجنون بعد إتمام عمل تترتب عليه آثاره القانونية فليس طلب إلغائه بدعوى أن مورثهم أتمه وهو مجنون ، ولكن أباح القانون للورثة في حالتين ما يأتي :

أولًا – إذا كان نفس العمل الذي أتمه المورث يحمل الدليل على أنه كان معتوهًا

(1) أخذ الفقهاء المسلمون باستمرار الحجر على المجنون إلى حين إفاقته من جنونه ثم إذ كان صغيرًا أو سفيهًا حجر عليه لأجلهما ، وإلا فلا من غير احتياج إلى فك . ولا ولاية للأم من حيث الحجر وإنما لها الحضانة . والصبي محجور عليه لبلوغه ، فإذا بلغ الذكر رشيدًا ذهب حيث شاء . 293/292/3 .

(2) انظر : البنود من 489 إلى 515 ، في البابين الثاني والثالث ، من الكتاب الحادي عشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 111 : 115 .

لوجود شروط أو تعهدات لا تصدر عن عاقل فيحوز للورثة طلب إلغاء هذا العمل .

ثانيًا – إذا كان العمل المطلوب إلغاؤه هبة أو وصية فللورثة ذلك متى ادعوا أن المورث كان معتوهًا وقت هذا العمل .

الفرق بين الإلغاء للجنون والإلغاء للحجر القضائي :

أولًا : إن الإلغاء للجنون سببه انعدام الإرادة ، والإلغاء للحجر سببه عدم الأهلية الناتج عن حكم الحجر .

ثانيًا – إن الإلغاء للجنون يفرض إتمام العمل وقت الجنون ، والإلغاء للحجر يفرض وقوع العمل بعد الحكم بالحجر القضائي فقط .

ثالثًا – إن إلغاء العمل للجنون هو عدم العمل قانونًا ؛ فيجوز لكل شخص له مصلحة طلب الإلغاء ، ولا يصحح العمل بمضي المدة ولا بإصلاحه ، والإلغاء للحجر القضائي إلغاء خاص فليس لأحد سوى المحجور عليه طلب إلغاء ما عمل ويسقط إلغاؤه بمضي المدة أو بتصحيح ما عمل .

رابعًا – قضية الإلغاء للجنون لا تنتقل أصالة إلى الورثة في غير الأحوال المستثناة بخلاف قضية الإلغاء للحجر القضائي فينتقل الحق إلى الورثة في جميع الأحوال .

بند [294] التشريع الإسلامي

تصرفات المجنون باطلة قبل الحجر وبعده ، فإن تصرف تصرفًا قوليًا فهو هباء ، وإن فعل فعلًا أو أوجد عملًا قانونيًا فهو باطل بالنسبة لتعهد أو ارتباط بعقود ، فإن كان جناية على النفس أو المال فحكمه كما يأتي ، وذلك :

أولًا – الأعمال التي يتمها حال جنونه غير موجودة قانونًا ، فلا يمحى عدم الوجود لا بمضي زمن ولا بإصلاحه ؛ لأن المجنون فاقد الإرادة ، والشرط صدور العمل وإتمامه وقت الجنون .

فإذا مات المجنون بعد إتمام عمل ترتبت عليه آثاره القانونية فلورثته طلب إلغائه ويحكم بالإلغاء متى أثبتوا أنه كان مجنونًا وقت إتمام العمل ، فهبته ووصيته باطلتان أيضًا .

والإلغاء للجنون سببه فقد الإرادة يعني عدم الأهلية الذاتية ، والإلغاء للحجر

سببه عدم الأهلية الناتج عن حكم الحجر ، والإلغاء للجنون معناه عدم الوجود فيجوز لكل شخص طلب الإلغاء محافظة على أموال المجنون فهو حق عام ، والإلغاء في غير الحجر للجنون لو سكت عليه الوصي أو مضت مدة ولم يطلع عليه أحد حتى فكت الوصاية فللمحجور عليه الذي فكت وصايته إجازته ، وينتقل حق طلب الإلغاء للجنون للورثة .

فإن كان تصرف المجنون جناية على مال الغير بإتلافه أو على نفس بإزهاقها ؛ فإن كان المال مسلمًا إليه أو مسلطًا عليه من صاحبه فالمال هدر ، وإن كان مسلطًا عليه من غير صاحبه ضمن الذي كان في يده المال ، فإن أتلف المال وكان غير مسلط عليه فالمشهور أنه يضمن في ماله ما أتلفه ، حيث نُصَّ في مذهب الإمام مالك على ما يأتي : (المشهور في المجنون والصبي غير المميز إذا أتلفا مالًا أو نفسًا أنهما يضمنان المال في ذمتهما ، والدية على عاقلتهما (يعني أقاربهما العصبة) إن بلغت الثلث وإلا فعليهما في مالهما (لأن الضمان من باب خطاب الوضع الذي لا يشترط فيه التكليف بل ولا التمييز [1]) وخلاف المشهور قولان : لا شيء عليهما مطلقًا كالعجماء ، فعلها هدر . وقيل : لا شيء عليهما في إتلافهما المال ، وأما الدية فعلى العاقلة إن بلغت الثلث .

ونصّ في مذهب الشافعي والإمام أحمد كذلك - يعني لا قصاص عليهما (الصغير والمجنون) لأنهما ليس لهما قصد صحيح ، بل الكفارة في مالهما في الخطأ والدية على عاقلتهما . ويغرم المجنون ما أتلفه من مال الغير .

ونص في مذهب الإمام أحمد على أن من سلط محجورًا عليه على ماله فماله هدر . فإن أتلف الصبي والمجنون والمعتوه والسفيه مال الغير بلا تسلط عليه ضمنوا ، ومن أخذ منهم مالًا ضمنه .

وفي مذهب الإمام أبي حنيفة الصبي والمجنون مؤاخذان بأفعالهما ؛ فإذا جنى على النفس أو المال أدى ضمانها من ماله [2] .

---

(1) قاعدة : الضمان من باب خطاب الوضع الذي لا يشترط فيه التكليف بل ولا التمييز .

(2) جاء في بدائع الصنائع : وأما التصرفات الفعلية وهي الغصوب والإتلافات فهذه العوارض ؛ وهي الصبا والجنون والرق لا توجب الحجر فيها حتى لو أتلف الصبي والمجنون شيئًا فضمانه في مالهما - بدائع الصنائع 235/7 .

وقالوا : إن المجنون الذي اعتدى على أنثى بالوطء فحملت فلا حد عليه لسقوط التكليف ، ولكن يلحق به هذا الحمل لأنه عمله وهو مؤاخذ بعمله .

فعلم من كل هذا أن المجنون غير مؤاخذ بحد شرعي (عقاب بدني) على جناية وقعت منه على النفس ، لأن القصاص يقتضي العقل والإرادة في الفعل المعاقب عليه [1] ، ولكن الضمان لما أتلف لا يعتمد على العقل إنما يعتمد على الفعل المتلف لمال الغير [2] وقد حصل ، فعليه (الضمان) لما أتلف في ماله وفي ذمته [3] .

بند [295] الاستشارة القضائية

القانون الفرنسي : الاستشارة القضائية هي وضع شخص قريبًا من طبقة خاصة من عديمي الأهلية ، لمعاونتهم في إتمام بعض أعمال محدودة بالقانون .

يستعمل غالبًا لفظة (نصف محجور عليه) للشخص المعين له مستشار قضائي لتمييزه من المحجور عليه قضائيًا .

الأشخاص الذين يمكن تعيين مستشار قضائي لهم صنفان :

أولًا – ضعاف العقول وهم الذين ليسوا مجانين ، ولكن أصابهم ضعف عقلي جعلهم غير أهل لإدارة أموالهم وأعمالهم منفردين (والصمم والسكر المعتاد

---

(1) قاعدة : القصاص يقتضي العقل والإرادة في الفعل المعاقب عليه

(2) قاعدة : الضمان لما أتلف لا يعتمد على العقل إنما يعتمد على الفعل المتلف لمال الغير

(3) يتفق الحكم بذلك مع ما جاء في المادة 99 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، كما يتفق مع المادة 107 من التقنين العراقي التي تقول : « المعتوه هو في حكم الصغير المميز » . وكذلك المادة 108 من هذا التقنين التي تقول : « المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز ، أما المجنون غير المطبق فإن تصرفاته في حالة إفاقته كتصرف العاقل » .

وتقابل المادة 128 من التقنين الأردني التي تقول :

1 – « المعتوه هو في حكم الصغير غير المميز .

2 – المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة إفاقته كتصرفات العاقل .

وتقابل المواد 978 و 979 و 980 من المجلة ، وهي تطابق نصوص التقنين العراقي والأردني المذكورة . وتقابل المادة 269 من مرشد الحيران .

وتقابل المواد 88 ، 99 ، 100 من التقنين الكويتي .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة 99 .

والتقدم في السن كثيرًا) غالبًا معدودون من الأسباب الداعية لضعف العقل ولتعيين مستشار قضائي .

ثانيًا – المبذرون ، وتحديد التبذير عسير ، فهو متروك للمحكمة في تقدير مالية الشخص والعمل الذي عمله . وغالبًا المبذر هو كل شخص أَضَرَّ بحالة ماليته ، لخلل في عقله أو لفساد في أخلاقه ، والذي شَرَعَ في إنفاق رأس ماله .

الشرط القانوني في المستشار القضائي :

الشخص المعين له مستشار قضائي يحضر بشخصه في جميع الأعمال القضائية المتعلقة بأمواله فقط يعاونه المستشار القضائي ، وعمل المستشار القضائي كعمل ولي القاصر المرفوع عنه الوصاية في الحضور مع القاصر فقط ولا يمثله ، ولكن في ولي القاصر المرفوع عنه الوصاية يتدخل مجلس العائلة في تعيينه وفي بعض أعماله ، بخلاف ضعاف العقول والمبذرين في مجلس عائلي لهم [1] .

تعيين المستشار :

للمحكمة فقط الحق في تعيين المستشار ، ولا تَدَخُّلَ لمجلس العائلة ، ولا حق للزوج ليكون مستشارًا لزوجته ، وللمستشار الحق في القبول والرفض .

مدى عدم أهلية المعين له مستشار : منع القانون ضعاف العقل والمبذرين المعين عليهم مستشار من الأعمال الآتية :

أولًا – المرافعة مدعين أو مدعى عليهم مهما كان موضوع النزاع حتى في قضايا التفريق أو الطلاق فلا بد من حضور مستشار معهم .

ثانيًا – الصلح في القضايا أيا كان نوع القضايا أو موضوع النزاع ، فلا بد من حضور المستشار .

ثالثًا – القرض أيًّا كان المبلغ ، ولأي سبب كان ، فلا بد من حضور المستشار القضائي .

رابعًا – قبض رأس مال منقول وإعطاء مخالصة عنه .

---

(1) انظر : البنود من 489 إلى 515 في البابين الثاني والثالث ، من الكتاب الحادي عشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 111 : 115 .

خامسًا – التمليك سواء أكان بمقابل كالبيع أم بدون مقابل كهبة في عقار أو منقول جسماني (مادي) أو أسهم مالية ، وكذا الرهن وعقد الحكر .

هذا ما نص عليه القانون من وجوب حضور المستشار القضائي مع ضعاف العقول والمبذرين ، وقد ألحق المتشرعون ما يأتي بهذه التصرفات :

1 – عقد التحكيم .

2 – قبول أو رفض ميراث .

3 – مباشرة قسمة نهائية .

4 – التعاقد بالتزامات تزيد عن حد الإدارة .

5 – تأجير العقار لأزيد من تسع سنين .

وللمحكمة إنقاص نفقاته إلى الحد المناسب متى رأت ذلك .

بند [296] التشريع الإسلامي

التبذير للمال هو السفه وهو عدم إحسان التصرف في المال ، والسفه : صرف المال في معصية كخمر وقمار ، أو صرفه في معاملة بيع وشراء بغبن فاحش خارج عن العادة بلا مصلحة ، أو صرف المال على شهواته النفسانية ، خلاف عادة مثله في مأكله وملبسه ومركوبه ، أو بإتلافه هدرًا .

والغفلة هي التي لا يدري من اتصف بها صواب عمله من خطئه ، ولا يتحرى وجه الصواب ، ويكاد يفقد إرادته ، وينقاد لكل آمر بلا تبصر في العواقب . والبله أشد من الغفلة لأن الأبله لا يعقل عقلًا حقيقيًا للأشياء ، وهو شخص بلا تفكير هادئ ساكن وربما لا يعرف ماذا يريد ، فالسفيه والمغفل والأبله يجب الحجر عليهم شرعًا [1] حفظًا لأنفسهم ولأموالهم من الأذى والضياع [2] .

(1) قاعدة : « السفيه والمغفل والأبله يجب الحجر عليهم شرعًا » .

(2) تناولت المادة 98 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية الحجر على الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة ، من قبل المحكمة ، وهي المختصة كذلك برفع الحجر عنهم . وهذا هو ما تناولته المادة 113 من القانون المدني المصري و المادة 94 من التقنين العراقي التي تقول : « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم » . وكذلك المادة 95 من هذا التقنين التي تقول : « تحجر المحكمة على السفيه وذي الغفلة ويعلن الحجر بالطرق المقررة » .

والقيم عليهم هو الذي يسميه التشريع الوضعي مستشارًا ، وليس في التشريع الإسلامي نصف محجور عليه ، بل هناك القاصر مدة اختباره ، ولكنه حتى في هذه المدة محجور عليه ، فإن رأى وصيه أن تصرفه صوابًا أجازه ، وإلا رده ومنعه من التصرف [1] .

ويدخل في الضعف العقلي المغفل والأبله ، وقد يكون التقدم في السن سببًا في التغفيل أو البله ، والسكر الغالب قد يكون سببًا في التبذير .

ولا بد في الحجر على السفيه المبذر والمغفل والأبله من حكم يصدر بعد ادعاء ودفع وتحري وبحث أدلة [2] وتقديرها إلخ [3] .

وتصرف السفيه موقوف على إجازة وصيه [4] ، وتصرف المغفل والأبله ملحق بتصرف المجنون فهو باطل [5] ، والذي يمثل السفيه والمغفل والأبله وصيُّهم أو القيّمُ عليهم في كل ما يتعلق بأموالهم كتصرف وصي القاصر ، إلا فيما سيأتي بالنسبة للسفيه .

= وتقابل المادة 127 من التقنين الأردني التي تقول :

1 - الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم .

2 - أما السفيه وذي الغفلة فتحجر عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون .

3 - يبلغ قرار الحجر للمحجور ، ويعلن للناس سببه ، وتكون تصرفاته قبل ذلك نافذة .

وتقابل المادة 957 من المجلة العدلية التي تقول : « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم » . وكذلك المادة 958 من المجلة التي تقول : « للحاكم أن يحجر على السفيه » .

وتقابل المادة 85 من التقنين الكويتي .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة 99 .

(1) للولي رد تصرف المميز المحجور عليه إذا تصرف بمعاوضة بغير إذن وليه ، فذلك موقوف على نظر وليه من إجازة أو رد ، كان الولي أبا أو غيره حيث استوت مصلحة الرد والإجازة . وأما تصرفه بغير معاوضة كهبة وعتق وما أشبه ذلك فإنه يتعين على الولي رده . الخرشي 292/5 .

(2) قاعدة : لابد في الحجر على السفيه المبذر والمغفل والأبله من حكم يصدر بعد ادعاء ودفع وتحرٍّ وبحث الأدله وتقديرها .

(3) جاء في حاشية الدسوقي : جواز الحجر لسفه ، وأراد به التبذير وعدم حسن التصرف في المال . حاشية الدسوقي 292/3 ما بعدها .

(4) قاعدة : تصرف السفيه موقوف على إجازة وصيه .

(5) قاعدة : تصرف المغفل والأبله باطل كتصرف المجنون .

والذي يشرف على وصي السفيه والمغفل والأبله الحاكم [1] (أو المجلس الحسابي) وهو الذي يعينه ويقيله ويحاسبه إلخ . وقد يكون الزوج هو الوصي أو القيم أو الزوجة كذلك متى عينها الحاكم وكانت تصلح لذلك ، وللوصي القبول والرفض .

عدم أهلية المبذر المسرف : تصرف المبذر إن كان بمعاوضة بلا إذن وليه كبيع وشراء فللولي رده متى كان بغير سداد رأي ولا مصلحة ، وله إمضاؤه متى كان مصلحة سواء المنقول والعقار [2] ، وإن كان تصرف السفيه بلا عوض كهبة تعين على الولي رد تصرفه [3] ، فإن أقر السفيه بدين في ذمته أو أقر بإتلاف مال الغير رد الولي هذا الإقرار وأبطله ، فإن ثبت الإتلاف بالبينة ، ضمن السفيه في ماله ما أتلفه من مال الغير [4] .

وللسفيه أن يعمل وصيته بدون وليه وهي صحيحة ، وله أن يطلق زوجته ، وله استلحاق نسب طفل مجهول النسب بشروط الاستلحاق ، وله نفي نسب عنه ، وله عتق جارية استولدها ، ومتى ثبتت عليه جناية فيها قصاص يقتص منه (بخلاف الصغير والمجنون فلا قصاص عليهما) وله العفو عن قصاص ثبت له ، وله الإقرار بسبب عقوبة فيلزمه الحد ، كل هذا يعمله السفيه المبذر المحجور عليه بلا تدخل من وليه ، وليس لوليه التعرض له [5] في

(1) جاء في شرح مجلة الأحكام العدلية : ويعد أيضًا بمنزلة السفيه الذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم مع أنهم لا يعدون سفهاء ويمكن الحجر على أبله وبسيط كهذا عند الإمامين لأنه لا يقدر على التصرفات الرابحة ولا يكف عن التجارة مع كونه يخدع فيها ، والمغفل اسم مفعول من التغفيل وهو من لم توجد فيه فطانة . شرح مجلة الأحكام العدلية لحيدر باشا مادة 945 ، 587/2 .

(2) قاعدة : للولي رد تصرف المبذر إن كان بمعاوضة بلا إذن وليه كبيع وشراء متى كان بغير سداد رأي ولا مصلحة وله إمضاؤه متى كان مصلحة ، سواء في المنقول والعقار .

(3) قاعدة : إن كان تصرف السفيه بلا عوض كهبة وصدقة قيمة تعيَن على الولي رد تصرفه .
وذلك موقوف على نظر وليه من إجازة أو رد ، كان الولي أبا أو غيره ، حيث استوت مصلحة الرد والإجازة . الخرشي 292/5 .

(4) جاء في الخرشي 292/5 : وأما تصرفه بغير معاوضة كهبة وعتق وما أشبه ذلك فإنه يتعين على الولي رده .

(5) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 101 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية وتشمل في حكمها المحجور عليه للغفلة أسوة بالمحجور عليه للسفه ليتسق حكمها مع حكم المادة 67 من القانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بأحكام الولاية على المال ، وهي تنص على أنه : « يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة أو بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري في شأن القاصر المأذون » .
المادة المذكورة المادة 130 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : =

ذلك إطلاقًا [1] .

إذًا السفيه المبذر ليس له أن يدعي أو يُدَّعَى عليه في أي نزاع ، وليس له الصلح ، ولا القرض ، ولا قبض رأس مال ، ولا إعطاء مخالصة ، ولا تمليك ، ولا تملك ، ولا هبة ، ولا رهن ، ولا حكر ، ولا تحكيم ، ولا قسمة ، ولا تعاقد بالتزامات ، ولا تأجير إلخ . كل هذا يعمله الولي وحده بدون حضور السفيه معه .

والحاكم يقدر نفقات المحجور عليه للسفه ، هو ومن تلزمه نفقته إذا كان في ماله سعة .

وأما تصرفات الأبله فهي كتصرفات المجنون ، فهي باطلة . وحكم تصرفه كحكم تصرف المجنون . وحكم تصرفات المغفل كالصغير المميز أو السفيه المحجور عليه [2] .

بند [297] القانون الفرنسي

حكم ما يعمله خفيف العقل والمبذر [3] :

الأعمال التي يعملها ضعيفو العقل والمبذرون بدون حضور مستشاريهم وكان

= 1 – يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو الوصية صحيحًا متى أذنته المحكمة في ذلك .

2 – وتكون أعمال الإدارة الصادرة عن المحجور عليه للسفه أو للغفلة المأذون له بتسلم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمتها الجهة التي أصدرت الإذن .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة 109 من التقنين العراقي التي تنص على أنه : « تصح وصايا السفيه بثلث ماله » .

وكذلك المادة 110 من هذا التقنين التي تنص على أن : ذي الغفلة حكمه حكم السفيه » .

وتقابل المواد 102 ، 103 ، 104 من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة 273 من مرشد الحيران التي تنص على أن « المحجور عليه حجرا قضائيًا لسفه تصح تصرفاته في وصاياه بالقرب من ثلث ماله إن كان له وارث » .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة 101 .

(1) جاء في الخرشي 329/5 : أن المميز البالغ الذي لم يعلم رشده إذا طلق زوجته ، لوليه أن يرد ذلك على المذهب ، سواء كان الطلاق على وجه الخلع أم لا ، وكذلك يلزمه استلحاق النسب بشرطه الآتي في بابه . وكذلك تلزمه جناياته على غيره من نفس أو جرح أو قذف ، وكذلك يلزمه إذا عفا عمن جنى عليه أو على وليه من عبد ونحوه ... وكذلك يلزمه ما أقربه به من عقوبة في بدنه ... وقد استفيد مما قررنا أن هذه المسائل في السفيه البالغ .

(2) يقول الدردير (والسفه) الذي هو أحد أسباب الحجر هو التبذير ، أي صرف المال في غير ما يراد له شرعًا بصرف المال في معصية كخمر وقمار . الشرح الصغير جـ 3 ص 156 .

(3) انظر : البنود من 489 إلى 515 . في البابين الثاني والثالث ، من الكتاب الحادي عشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 111 : 115 .

حضورهم واجبًا فيها معهم ، تكون قابلة للإلغاء الخاص مثل كل عمل يعمله القاصر المرفوع عنه الوصاية بدون حضور وليه سواء بسواء ، وليس لمن تعاقد معه طلب الإلغاء بل هو أو مستشاره . ويسقط الإلغاء بالمدة وبالتصحيح . وعلى المحكمة الحكم بالإلغاء متى رفع إليها عدم حضور المستشار فقط ، بدون أي بحث آخر .

الأعمال التي يعملها ضعاف العقل والمبذرون وحدهم بدون حضور المستشار .

(1) الزواج واستعمال السلطة الأبوية والسلطة الأمومية .

(2) عمل وصيته .

(3) الاعتراف ببنوة الولد الطبيعي .

(4) عمل عقد ترتيب أموال الزوجين حسب أهليته .

(5) قبض إيراده وإعطاء مخالصة ، وتنظيم استثماره .

(6) بيع المحصول الزراعي والمنقول الجسماني .

ويلاحظ أن طلب تعيين مستشار قضائي وسير القضية وإعلان الحكم بتعيين المستشار ونشره ، ونهاية المستشار القضائي ، كل هذا مماثل للحجر القضائي إلا أن حكم تعيين المستشار لا يعمل به في الماضي مطلقًا .

بند [298] التشريع الإسلامي

كل عمل يعمله السفيه المحجور عليه أو المغفل يكون كعمل الصغير القاصر الذي تحت الوصاية [1] ، وكل عمل يعمله الأبله يكون كعمل المجنون . ولكل من تعاقد معهم طلب الفسخ ، ولوليهم كذلك كما سبق تفصيله . وعلى المحكمة الحكم بالإلغاء متى رفع إليها الأمر وثبت أن التصرف من المحجور عليهم عديمي الأهلية [2] . والمغفل هو من ينقاد بسهولة ، ولا يعرف المكر والخديعة . والأبله هو عديم التفكير ، فلا يميز بين الضار والنافع ، ينقاد للغير بلا تفكير كالبهائم ، فهو

(1) جاء في الخرشي 294/5 : وصحت وصية الصغير المميز كالسفيه .

(2) جاء في المغني لابن قدامة 519/4 وما بعدها أنه لا يحجر عليه إلا الحاكم . لأن أن التبذير يختلف ويختلف فيه ويحتاج إلى الاجتهاد فإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد لم يثبت إلا بحكم الحاكم ولأنه حجر مختلف فيه فلم يثبت إلا بحكم الحاكم كالحجر على المفلس وفارق الجنون .

كالمجنون . وليس للسفيه [1] أن يتزوج بلا إذن وليه ؛ فإن تزوج بلا إذن وليه فللولي رد نكاحه بطلقة بائنة إن لم يحصل له رشد [2] ، وإلا فلا كلام لوليه متى رشد بالغًا وفُكَّ حجره . وللزوجة إن فسخ ولي السفيه زواجه بعد الدخول المهرُ الشرعيُّ فقط ، وهو ربع دينار ولا تتبعه بباقي المهر بعد رشده : وتعين الفسخ بعد موته بحكم الشرع لا بالولي ، فلا مهر إلا ربع دينار ، ولا إرث لها من زوجها السفيه ، وليس له قبض إيراده ولا إعطاء مخالصة عنه ، وليس له بيع محصوله الزراعي ولا المنقول الجسماني ، وليس له دفع مهر بغير إذن وليه وإدارة أمواله متروكة لوليه . وله عمل وصيته واستلحاق ولد مجهول النسب به .

وجميع الأحكام الخاصة بالقاصر ووصيه كوصي السفيه ما عدا المستثنى السابق الذي يجوز للسفيه عمله [3] .

بند [299] القانون الروماني [4]

المبذر وهو الذي بدد أملاكه التي ورثها من أقاربه من جهة أبيه يعين عليه قيم لمصلحة العائلة لحفظ هذا الميراث للعائلة . فإن انعدم الأقارب فلا يعين قيم . ثم تدرج إلى تعيين قيم على المبذر الذي يملك مالا من أي ناحية ولو لم يكن له أقارب .

وتصرف المبذر القانوني ينحصر في تحسين حاله فقط ، لا في جلب الضرر وتحمل المسئولية .

---

(1) جاء في الخرشي 295/5 : أن تصرفه قبل الحجر محمول على الإجازة عند مالك لا ابن القاسم .

(2) قاعدة : ليس للسفيه أن يتزوج بلا إذن وليه ، فإن تزوج بلا إذن وليه فللولي رد نكاحه بطلقة بائنة إن لم يحصل له رشد .

(3) يقول ابن رشد : « فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف في المذهب في أنه لا يجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذن له الأب أو الوصي . فإن أخرج شيئًا من يده بغير عوض كان موقوفًا على نظر وليه ... » .
بداية المجتهد جـ 2 ص 421 وما بعدها والكافي لابن عبد البر ص 423 .

(4) انظر : الباب الثالث والعشرين ، من الكتاب الأول ، من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، ص 45 ، 46 .

نتيجة المقارنات من بند 284 إلى نهاية بند 299

يتفق التشريعان في الآتي :

الحجر القضائي - أسباب الحجر القضائي - نتائج الحجر القضائي - عدم أهلية المحجور عليه قضائيًا - نهاية الحجر القضائي - اختلال القوى العاقلة - تصرفات المجنون باطلة - الاستشارة القضائية (في الجملة) - ضعاف العقول والمبذرون - حكم ما يعمله خفيف العقل والمبذر (في الجملة) .

بند [300] القسم الثالث

الأملاك

القانون الفرنسي [1] – معلومات أولية :

المعنى القانوني لكلمة (أملاك) هو كل ما يمكن أن ينتفع به الشخص أيًّا كانت المنفعة . وكلمة (ما يورث عن الإنسان) تفيد أنها مجموعة من الحقوق والالتزامات التي تقوَّم بنقود ؛ فلا تشمل كل حق لا يقوَّم بمال كحق حفظ الصغير وتأديبه وواجب الأمانة بين الزوجين .

يوجد علاقة بين الشخصية القضائية وما يورث عن الإنسان ، فنتج من المقارنة ما يأتي :

أولًا – الأشخاص فقط لهم مال يورث عنهم سواء أكانوا أشخاصًا حقيقيين أم معنويين ، وهكذا كان في القانون الروماني العبد وولد العائلة يمكن أن يكون لهما مال ، ولكن لا يورث عنهما لعدم وجود شخصية قانونية لهما .

ثانيًا – كل شخص له ما يورث عنه بالفعل إن وجد له مال ، وإلا بمعنى أنه أهل لترك ما يملكه .

ثالثًا – كل شخص يمكن أن يكون له فقط ما يورث عنه فقط ، يعني الشخص واحد والميراث عنه واحد لا يتعدد أحدهما ولا ينقسم .

ينقسم القسم الثالث إلى سبعة أقسام :

(1) ترتيب الحقوق العينية التي تتركب منها مالية الإنسان .

(2) ترتيب الأملاك .

(3) الملكية في ذاتها .

(4) وضع اليد .

(5) أشكال مختلفة للملكية .

(6) الحقوق الشخصية .

(7) الحقوق العينية .

أ – ترتيب الحقوق التي تكوِّن مالية الشخص :

الحقوق التي تكوِّن مالية الشخص تتكون من نوعين .

---

(1) انظر : البنود من 544 إلى 546 ، في الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 122 .

أولًا : الحقوق العينية .

ثانيًا : الحقوق المتعلقة بالذمة .

والحق العيني هو خاصية أو صفة تتعلق بالشخص يعارض بها من عداه ، ويستفيد بها مباشرة من شيء محدود كل أو بعض منافع هذا الشيء القانونية كحق ملكية عقار .

والحق المتعلق بالذمة هو خاصة أو صفة تتعلق بشخص يسمى دائنًا تطلب من شخص آخر محدود يسمى مدينًا تنفيذ شيء أيًا كان (إعطاء،عمل شيء ، عدم عمل شيء) ، فالرجل الذي أقرض آخر مبلغًا لمدة معينة يملك ضد المقترض حق الدائنية .

والفرق بين الحق العيني والحق المتعلق بالذمة ما يأتي :

أولًا : الحق العيني يستعمل مباشرة على ذات الشيء المملوك بدون واسطة أحد (كمالك حصان يستوفي منفعته منه كما يحب) ، بخلاف الحق المتعلق بالذمة فلا يمكن استيفاء الدائنية من المقترض إذا لم يؤدها في موعدها إلا باستعمال الطرق القانونية التي أعطاها القانون للدائن ، فيصل إليه حقه بواسطة القانون ورجاله .

ثانيًا : الحق العيني ينشئ علاقة قانونية بين شخص (صاحب الحق) وبين شيء (المادة المتعلق بها الحق) فهو حق على شيء ، بخلاف الحق المتعلق بالذمة فهو ينشئ علاقة بين شخصين ، صاحب الحق وهو الدائن ، والآخر المدين .

ثالثًا : مادة الحق العيني دائمًا شيء جسماني محدود مؤكد كمنزل أو حصان ، وأما مادة الحق المتعلق بالذمة يمكن أن يكون شيئًا محدودًا أو من جنس أو نقود أو عمل أو امتناع عن عمل .

رابعًا : الحق العيني يوجد معارضًا لكل العالم فهو يسمى حقًّا مطلقًا ، والحق المتعلق بالذمة لا يوجد إلا ضد شخص محدد وهو المدين فيسمى حقًّا خاصًّا .

خامسًا : صاحب الحق العيني لا يمكنه جبر شخص على إتمام فعل إيجابي ليستعمل حقه فالناس يتركون هذا الحق يستعمل بحرية بدون تدخل أي شخص حسب القاعدة (يتألم ولا يمكنه عمل أي شيء) لكن في الحق الشخصي أو المتعلق بالذمة لصاحب الحق الدائن جبر المدين لتنفيذ ما هو مطلوب منه وجوبًا عليه .

سادسًا : في كل تشريع نجد الحقوق العينية محدودة بنص القانون وليس بقانون

زيادة قائمة الحقوق العينية نوعًا آخر ، بخلاف الحق المتعلق بالذمة فإن للمتعاقدين الحق المطلق في الاتفاق ، فحقوق الدائنية يمكن أن تتغير إلى مالا نهاية .

بند [301] القانون الروماني [1]

الأملاك : هي كل ما يمكن أن يحصل مصلحة و منفعة للإنسان كمنزل أو حصان .

التركة هي مجموع الالتزامات والحقوق التي يمكن تقديرها بالنقد ، وهي تكوِّن وحدة قانونية .

– وفي روما ليس لكل شخص تركة ، بل التركة تكون لرئيس العائلة فقط ، فلا تركة للرقيق ولا لولد العائلة ولا للأشخاص غير البالغين .

والأملاك قسمان : ما يدخل فيما نسميه تركة الأشخاص ، وما لا يدخل فيها ، والشيء جسماني أو غير جسماني ، ومنقول أو عقار ، واقع في أرض إيطاليا أو خارجها ، والشيء إما خاص بالإنسان أو بالله ، والشيء إما عام كأملاك الحكومة من طرق وموانى وأنهر ، وإما مشاع في الاستعمال كالماء الجاري وحقوق الارتفاق البحرية .

ترتيب الحقوق : هناك حق عيني وهناك حق في الذمة ، فالحق العيني صفة لشخص تمكنه من أخذ منفعة من شيء معين محدود كلي أو جزئي ، وهذه المنفعة قانونية يمكن أن تعطى من ذلك الشيء .

والحق العيني يعطي صاحبه حق الامتياز ومتابعة العين أين وجدت ، فالحق العيني كالملكية والخدمة الشخصية وحق المنفعة وحق الاستعمال وحق السكنى وحقوق الارتفاق .

بند [302] التشريع الإسلامي

كلمة (أملاك) أو ملك هو كل مال أو متقوَّم بمال ويمكن للشخص الانتفاع به انتفاعًا شرعيًا لا حرمة فيه [2] .

---

(1) انظر : البابين الأول والثاني ، من الكتاب الثاني ، من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، ص 55 – 72 .

(2) تناولت المادة 805 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية مفهوم الملكية ونصها : الملكية حق يخول مالك الشيء وحده ، في حدود القانون ، سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، على أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » .

وقد نص الدستور المصري الصادر في 11 سبتمبر 1972 في المادة 22 منه على ما يأتي : « الملكية الخاصة تتمثل =

والتركة (هي كل ما يورث عن المتوفى)[1] وهي كل حق أو التزام مقوَّم بمال فلا يدخل في التركة أحوال الإنسان الشخصية كحق الحضانة أو الولاية الشرعية[2] .

وكل شخص يمكن أن يكون موروثًا ، إما لورثته الشرعيين ، وإما لبيت المال عند عدمهم[3] ولا تركة تورث ما دامت مستغرقة بالدين ، ولا ميراث لأحد إلا بعد سداد الدين[4] .

والذي يكوِّن مالية الإنسان حقوق عينية وحقوق في الذمة ، فإذا رجعنا إلى منشأ الحق الذي لمالكه وجدناه إما ناشئًا عن ذات جماد أو حيوان أي على عينه اعتبرنا هذا الحق عينيًا ، وإما ناشئًا عن التزامه في ذمة الغير تعهد بالوفاء به لمالكه

= في رأس المال غيرالمستغل ، وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي ، وفي إطار خطة التنمية دون انحراف واستغلال . ولا يجوز أن تتعارض في طرق استخدامها مع الخير العام للشعب » .

ويقابل هذا كله المادة 1048 من التقنين العراقي والمادة 1018 من التقنين الأردني والمادة 810 من التقنين الكويتي .

وتتفق أحكام هذه النصوص مع ما يقرره الفقه الإسلامي ؛ فقد نصت المادة 11 من مرشد الحيران على ما يأتي : « الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفًا مطلقًا فيما يملكه عينا ومنفعة ، واستغلالا فينتفع بالعين المملوكة وغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة » .

ونصت المادة 1192 من المجلة العدلية على ما يأتي : « كل يتصرف في ملكه كيف شاء ، لكن إذا تعلق حق الغير به ، فيمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال ... » .

وقال صاحب فتح القدير 456/5 أن الملك قدرة يثبتها الشرع ابتداء على التصرف .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة .

(1) جاء في الشرح الكبير 457/4 أن التركة حق يقبل التجزؤ يثبت لمستحق بعد موت من كان ذلك له .

(2) نصت المادة 205 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي الصادر عن مجمع البحوث الإسلامية في مصر على ما يأتي : « تركة المدين مرهونة بديونه حتى تسدد » وجاء في مذكرة هذه المادة ما يأتي : « فإذا مات الميت وعليه دين ، تعلق هذا الدين بتركته المنتقلة إلى الوارث مع وجود الدين تعلقه بالمرهون ، ويستوي الدين المستغرق بالتركة وغيره في الأصح » . والصحيح أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث ، لأنه ليس في الإرث المقيد أكثر من تعلق الدين بالموروث تعلق رهن ، وذلك لا يمنع الملك في الرهون . (الجلال المحلي 283/2 ، نهاية المحتاج 296/4 ، 297) .

(3) جاء في مواهب الجليل للحطاب 413/6 أنه إذا لم يكن للميت من يرثه من النسب ولا من يرثه بالولاء فماله لبيت مال المسلين .

(4) جاء في مواهب الجليل للحطاب 407/6 أنه يبدأ بالكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث ... قال ابن رشد : ثم حقوق الآدميين من الديون الثابتة على المتوفى بالبينة العادلة أو بإقراره بها في صحته أو في مرضه لمن لا يتهم عليه .

كمثلي من معدود أو مكيل أو موزون ، اعتبرنا هذا الحق متعلقًا بذمة الغير [1] .

فالحق العيني يستعمله مالكه على ذات الشيء المملوك له والحق المتعلق بالذمة يقتضي الطلب عند عدم الوفاء ، فالعيني حق على شيء ، والثاني في ذمة إنسان ، والعيني دائمًا جسم والذي في الذمة قد يكون معدودًا أو مكيلًا أو موزونًا أو عملًا أو امتناعًا عن عمل ، والحق العيني حق مطلق يعارض به مالكه كل الناس [2] .

بند [303] القانون الفرنسي [3]

قائمة تحديد الحقوق العينية :

الحقوق العينية المحددة في القانون الفرنسي هي :

(1) الملكية .
(2) حق الانتفاع بالريع .
(3) الاستعمال .
(4) السكنى .
(5) الارتفاق .
(6) الديون الممتازة والرهون .
(7) حق الاستعمال الناشئ عن عقد الاحتكار .

تقسيم آخر للحقوق العينية : يمكن وضع الحقوق العينية : في قسمين مختلفين .

أولًا : الملكية ، وهي التي تخول لصاحبها الحق التام المطلق على الشيء المملوك .

ثانيًا : جميع الحقوق العينية الباقية ، وتسمى الحقوق العينية على أملاك الآخرين .

ويمكن وضع الاستعمال والسكنى وحق الانتفاع بالريع في قسم خاص وتسميتهم (الارتفاق الشخصي) .

---

(1) لا ينتقل للميراث إلا بعد استيفاء الحقوق المتعلقة بالتركة من مؤن التجهيز وقضاء ديونه وحق الوارث والموصى له وغير ذلك » . تقريرات إبراهيم الإبنابي على إرشاد السالك لابن عسكر ص 123 ، بداية المجتهد جـ2 ص 338 .

(2) جاء في مواهب الجليل للحطاب 406/6 : أن الحق المتعلق بالتركة إما ثابت قبل الموت أو بالموت ، والثابت قبله إما أن يتعلق بالعين أو لا . الأول هو الحقوق المعينة والثاني الدين المتعلق بالذمة فقط .

(3) انظر : البنود من 544 إلى 546 ، في الكتاب الثاني ، ص 122 والبنود : من 578 إلى 636 ، في الكتاب الثالث ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 130 : 142 .

أسباب أفضلية الحقوق العينية على الحقوق المتعلقة بالذمة :

الحقوق العينية تفضل حقوق الذمة بأمرين عظيمين ، لأنها تمنح مستحقيها حق الأفضلية وحق المتابعة والملاحقة .

فحق الأفضلية هي الصفة التي تعطي مستحق الحق العيني ممارسة حقه أولًا قبل أي شخص آخر ، كما إذا أقرضنا تاجرًا ثم أفلس ورأس ماله لا يفي لجميع دائنيه فتقسم ماليته بنسبة دينه ، ولكن إذا كان لك عنده مخزن موبيليا على حسابك فحقك ثابت على هذه العين ، تأخذها عينًا من أيدي الدائنين بطريق الاسترداد .

وحق المتابعة والملاحقة ، وهي صفة تعطي لمستحق الحق العيني الحق في متابعة حقه قبل أي شخص يضع يده على المادة موضوع الحق العيني ، كما إذا ملكت منزلًا وباعه آخر مدعيًا ملكيته فلك الحق في استرجاعه أيًّا كان .

وتبين مما تقدم أن الحق المتعلق بالذمة سريع العطب جدًّا ، فالمدين دائمًا في خطر لأنه قد يفقد ما عنده أو يتعاقد لعمل تكون عاقبته الإفلاس . فالدائن في خوف من عدم الدفع ؛ فيعمد الدائن إلى طلب رهن يتوثق به لدينه ومتى تم أصبح الحق قويًا مضمونًا بالرهن وهو حق عيني .

بند [304] التشريع الإسلامي

الحقوق العينية المحددة في التشريع الإسلامي هي كل حق تعلق بذات شيء ، يعني بعين ذلك الشيء . ويدخل فيها الملكية والانتفاع بالريع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق الارتفاق وحق الرهن وحق الانتفاع بالوقف والحكر ، وسيأتي تفصيله في محله .

ولو اعتبرنا أن الحق العيني ينتج أولًا وبالذات من الملكية لشيء فكل ما نتج عن شيء مملوك لصاحبه نعتبره قسمًا مستقلًا ، ولو جاء هذا الحق العيني ، لا من عين مملوكة لصاحبها بل من عين مملوكة للغير سمي حقًّا عينيًا على أملاك الغير ، فالحق العيني إذن حق عام مطلق بالنسبة للقسم الأول ، وحق على أملاك الآخرين بالنسبة للقسم الثاني .

والحق العيني في نظر المشرعين أفضل من الذي في الذمة ؛ حتى إن المدين إذا

خيف مطله أو غيبته عن محل إقامته فللدائن مطالبته بضم ذمة أخرى إلى ذمته في الطلب والأداء وهو الضمان أو مطالبته بتوثق تطمئن إليه نفسه ضمانًا لحقه وهو الرهن فيجيبه الحاكم لذلك [1] . وصاحب الحق العيني مقدم على صاحب الحق في الذمة [2] ؛ فالدائن [3] المرتهن أحق بثمن رهنه حتى يستوفي بحقه فهو أولى من الدائن في الذمة عند إفلاس المدين [4] ، والدائن الذي يعرف عين بضاعته المباعة للتاجر قبل إفلاسه أحق بها عينًا نظير دينه بعد الإفلاس ، إذا لم يكن في مال التاجر وفاء لجميع دائنيه بشرط أن لا تفوت عليه بأي مفوت ، كما سيأتي في باب الإفلاس [5] .

والحق العيني باقٍ لصاحبه ولو خرج الشيء من ملكه بدون رضاه ؛ فلو سرق أو اغتصب شخص ملكا معينًا لشخص آخر فله الحق في استرجاعه أيًّا كان ، وبأي عنوان انتقل ، إلا إذا فات بمفوت من المذكور في الغصب فيضمن مثل المثلي وقيمة المقوم . وأخيرًا الحق في الذمة أضعف من الحق العيني [6] لأنه يرجع في الغالب إلى ذمة

---

(1) جاء في الخرشي 196/8 أن المتعلق بالتركة خمسة أمور : حق تعلق بعين التركة ، وحق تعلق بالميت،وحق تعلق بالذمة، وحق تعلق بالغير ، وحق تعلق بالوارث والحصر في هذه وترتيبها استقرائي ؛ فإن الفقهاء تتبعوا مسائل الفقه فلم يجدوها تزيد على هذه المراتب الخمسة .

(2) قاعدة : صاحب الحق العيني مقدم على صاحب الحق في الذمة .

(3) جاء في الشرح الكبير 457/4 : ويخرج من رأس (تركة الميت) مُبَدَّأً على غيره وجوبًا ، ولو أتى على جميعها حق تعلق بعين كالمرهون في دين ، لتعلق حق المرتهن بذاته ، فيقدم على كفن الميت ونحوه .

(4) تناولت المادة 1033 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية تعريف الرهن الرسمي ، ونصها : الرهن الرسمي حق عيني يتقرر للدائن بمقتضى عقد على عقار مخصص لوفاء دينه ، فيكون له بمقتصاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار في أي يد يكون وهو ما تناولته المادة 1030 من القانون المدني المصري التي جاء فيها :

« الرهن الرسمي عقد له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون

ويؤخذ من هذا النص أن الرهن الرسمي يطلق على العقد الذي يترتب به للدائن حق عيني على عقار مخصص لوفاء دينه ، ويطلق أيضًا على هذا الحق العيني الذي ترتب للدائن ضمانا لوفاء دينه .

وتقابل هذه المادة 1285 من التقنين العراقي ، والمادة 1322 من التقنين الأردني ، ومادة 971 من التقنين الكويتي .

(5) انظر أحكام الإفلاس في حاشية الدسوقي 458/4 .

(6) قاعدة : الحق في الذمة أضعف من الحق العيني .

المدين هل يفي أم لا ، وإلى ملكه هل فيه الوفاء أو لا ، وإلى ملاحظة المدين دائمًا هل أنقص قدرته على الدفع أم لا إلخ . كل هذه اعتبارات تجعل الحق في الذمة أضعف من الحق العيني [1] .

بند [305] ب - ترتيب الأملاك

القانون الفرنسي [2] : تنقسم الأملاك إلى قسمين :عقار ومنقول ، والفوائد العملية في التفرقة بين العقار والمنقول :

أولًا : من ناحية التمليك : تمليك العقار خاضع بالنظر إلى الشخص الثالث (غير المتعاقدين) إلى إجراءات عقد التمليك بسجلات حفظ الرهونات ، وأما تمليك المنقول فليس خاضعًا لأي إجراء مطلقًا .

ثانيًا : من ناحية الرهن : العقار فقط هو الذي يحتمل الرهن .

ثالثًا : من ناحية الاسترداد : يمكن استرداد العقار لمدة ثلاثين سنة ، بخلاف المنقول فقليل جدًّا استرداده عملًا بالقاعدة المعروفة (وضع اليد على المنقول يعادل دليل الملكية) .

رابعًا : من ناحية أهلية التمليك : شروط أهلية التمليك في العقار محدودة وصريحة وشديدة بخلاف التمليك في المنقول خصوصًا في المرأة المتزوجة المشترطة فصل أملاكها عن زوجها .

خامسًا : من ناحية إدارة العقار والمنقول : فإن إدارة عقار الغير محدودة بخلاف المنقول فإنها أكثر اتساعًا كإدارة الوصي لتركة القاصر .

سادسًا : من ناحية أملاك الزوجين : في عقد اشتراك أملاك الزوجين يدخل الموجود والمستقبل في ملكيتهما بخلاف العقار فيدخل المستقبل فقط ويبقى العقار

---

(1) يقول الدردير : وللغريم أخذ عين ماله الذي باعه المفلس قبل فلسه ، عرضًا أو مثليًا أو حيوانًا ، المحوز عن الغريم في الفلس حيث ثبت ببينة أو إقرار من المفلس قبل فلسه .

الشرح الصغير جـ 3 ص 148 بداية المجتهد جـ 2 ص 284 .

(2) انظر : البنود من 516 إلى 536 ، في الكتاب الأول ، من المقالة الثانية من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 116 : 120 .

خاصًا بصاحبه ، وفي الزواج بمهر من الزوجة يكون العقار الذي جُعِل مهرًا غير قابل للتمليك ولا لسقوط حق الملكية فيه ، بخلاف المهر المنقول فلم يتكلم عنه القانون ، الأمر الذي اضطر معه المتشرعون لوضع أحكام خاصة به .

سابعًا : من جهة الحجز : فالحجز العقاري طويل ويحتاج لإجراءات كثيرة بخلاف الحجز على المنقول .

ثامنًا : من جهة تنفيذ الوصية : فإن أوصى بعقاره لشخص ، ولآخر بمنقوله وجب معرفة العقار من المنقول لتنفيذ الوصية .

تاسعًا : من جهة ترتيب الضريبة بالنسبة للعقار : يلزم تحديده ، ومعرفة قيمة إيجاره ، لأنه هو يتحمل الضريبة العقارية فقط خلاف المنقول .

وأسباب هذه الفوارق هي :

أولًا : أن المنقول دائمًا متغير وغير ثابت ، بخلاف العقار فله شخصية ثابتة يسهل معرفتها .

ثانيًا : نظرًا لأهمية العقار الاقتصادية قد اعتنى به القانون المدني بخلاف المنقول .

تبدل اقتصادي في قيمة العقار والمنقول الخاصة :

منذ زمن في هذا القرن نتج تغير كبير في الثروة فأصبحت الثروة المنقولة ذات قيمة عظيمة أكثر من قيمة العقار ، وهذا نتج عن انتشار الشركات ذات الأسهم المالية التي تعد من المنقول ، وعن انتشار قروض الحكومة بسندات وهي إيراد مدى الحياة ، ومعتبرة من الثروة المنقولة أيضًا .

بند [306] الأملاك عقار ومنقول

التشريع الإسلامي : فالعقار هو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر وسيأتي بيانه ، والمنقول ما يمكن نقله وليس بثابت وسيأتي بيانه أيضًا [1] .

(1) يتفق ذلك مع المادة 63 من مشروع القانون المدني طبقًا لحكام الشريعة الإسلامية والمادتين 2 ، 3 من مرشد الحيران وستأتي التفرقة بين الفقه الحنفي الذي يحصر العقار في الأرض وبين اتجاهات القوانين المدنية العربية التي اعتبرت من العقار كل ما يتصل بالأرض اتصال قرار كالشجر والمباني .

ونظرًا لشدة العناية بالعقار فقد شرعت له أحكام كثيرة خلاف المنقول فبيع المنقول قد يكون معاطاة من الجانبين ، ولكن بيع العقار يجب لمعارضة غير المتعاقدين الإشهاد عليه وإشهاره كما أمر ولي الأمر الآن ، وبيع منقول القاصر مثلًا لا يحتاج إلى شروط كبيع عقاره [1] ، ويحجز على عقار المدين ويباع إذا لم يكن في منقوله وفاء ، وتنفيذ الوصية بمال معدود من منقول التركة [2] .

أولًا : الضريبة العقارية محددة وثابتة وهي المعروفة بالخراج [3] على العقار ، والزكاة على المنقول وهو الزرع بعد حصاده متغير تبعًا للزيادة والنقص ، وكونه يسقى بآلة أو بالسيح وإن كان أساس فرضها محدودا (4 أربعة أرداب وكيلتين) أي خمسين كيلة مصرية .

والرهن المطلوب للدائن يكون غالبًا عقارًا لأنه ثابت لا يخشى تغيره فيكون خطر ضياع أموال الدائن بعيدًا ، وإن كان يصح رهن المبيع المنقول نظير ثمنه ولكنه قليل وهي ضرورة مقدرة بقدرها .

تبدل اقتصادي :

هذا التبدل الذي اتجه إليه العالم الاقتصادي قد نظر إليه المشرع الإسلامي ، ووضع له أحكامه منذ وجوده فإنه وضع الضريبة (وهي الزكاة) على الأملاك المنقولة وضريبة المنقول على الذهب والفضة المدخرة ، وعلى عُرُوض التجارة المقدرة بأموال ، وعلى الماشية وعلى محصول الأرض من غلال وقطاني . ومن عروض التجارة سندات الأسهم المالية ففيها الزكاة متى استعملت للتجارة ، فلها أرباح وعليها خسارة ، فإن استعملت للادخار فعليها زكاة المال إن بلغت النصاب إلخ .

---

(1) الحكم المقرر في الفقه الإسلامي أنه لا يجوز للوصي بيع عقار القاصر إلا بمسوغ شرعي يجيز له ذلك وبإذن القاضي ، كإيفاء دين أو دفع حاجة ضرورية أو وجود مصلحة راجحة ، لأن بقاء عين العقار فيه حفظ مصلحة القاصر أكثر من حفظ ثمنه ، ولكن للوصي أن يبيع المنقول إذا رأى مصلحة في بيعه . شرح مجلة الأحكام لحيدر باشا 625/9 والموسوعة الفقهية الكويتية 187/30 والشرح الكبير 299/3 ، 300 .

(2) جاء في الخرشي 198/4 أنه تخرج وصاياه من ثلث باقي ماله إن وسع جميعها وإلا قدم الآكد على ما مر .

(3) الخراج – بالمعنى العام – هو الأموال التي تتولى الدولة أمر جبايتها وصرفها في مصارفها – وأما الخراج – بالمعنى الخاص – فهو الوظيفة أو الضريبة التي يفرضها الإمام على الأرض الخراجية النامية – الموسوعة الفقهية 52/19 .

ويصح استرداد المملوك من العقار إذا اغتصب ولم يحدد مدة استرداده بثلاثين سنة ، ومن غير الغصب مدة الاسترداد 10 سنين على تفصيل في ذلك للحاضر والغائب . بل المنصوص عليه : « أن بقاء المغصوب بعينه يوجب رده عقارًا أو منقولًا »[1] ، « وفوت المغصوب المثلي (يعني الذي له مثل في السوق) بالتلف أو بالتعييب يوجب غرم مثله ، والمثل يكون في المعدود والمكيل والموزون ، وفوت المقوم بتلفه وضياعه يوجب غرم قيمته »[2] .

والمقوم غير المعدود والمكيل والموزون ، وفوته مع وجوده كشاة ذبحت وغزل وحلي تعيب وثوب خاطه الغاصب لا يوجب غرم قيمته ، بل يوجب التخيير بين أخذه وأخذ قيمته[3] .

بند [307] العقارات

القانون الفرنسي[4] : العقارات أربعة أنواع :

---

(1) قاعدة : بقاء المغصوب بعينه يوجب رده عقارًا أو منقولًا .

(2) قاعدة : فوت المغصوب المثلي بالتلف أو بالتعييب يوجب غرم مثله ، والمثل يكون في المعدود والمكيل والموزون وفوت المقوم بتلفه وضياعه يوجب غرم قيمته .

(3) جاء في حاشية الدسوقي 443/3 وما بعدها : وضمن الغاصب المميز بالاستيلاء أو الحيلولة بينه وبين مالكه ... والقيمة تعتبر يوم أخذه لا يوم حصول المفوت ، والكلام هنا في ضمان الذات المغصوبة ... كأن يموت الحيوان المغصوب عند الغاصب ، إلا أنه يضمن السماوي كانهدام الدار المغصوبة قبل سكناها ، أو قتل عبد مغصوب قصاصًا إن جنى بعد الغصب أو لحرابته أو ارتداده أو ركب الدابة المغصوبة فهلكت بل ولو لم يركب ، أو ذبح الشيء المغصوب فيضمن القيمة يوم التعدي ، ولربها أخذها مذبوحة .

وإذا غصب دابة وذبحها لزمته القيمة بمجرد الذبح وصارت مملوكة للغاصب ، فيجوز له الأكل منها ويجوز لغيره أن يشتري منها . والمذهب أن الذبح ليس بمفيت ولربها الخيار بين أخذ قيمتها وأخذها مذبوحة من غير أن يأخذ معها ما نقصه الذبح .

وجاء في الخرشي 135/6 : أن الغزل وإن كان مما يوزن لكن أصله ، وهو الكتان ، مثلي ، والمثلي إذا دخلته صنعة لزمت القيمة فيه فقولهم المثلي ما حصره كيل أو وزن أو عدد ولم تتفاوت أفراده يقيد بما إذا لم يكن أصله مثليًا ودخلته صنعة فإن كان كذلك فهو مقوم ... وأن الغاصب إذا غصب الغزل أو الحلى فضاعا عنده فإنه يضمن قيمتهما وإن لم يحدث فيهما صنعة ، وغير المثلي فقيمته يوم غصبه .

(4) انظر : البنود من 517 إلى 526 ، في الباب الأول ، من الكتاب الأول من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 116 : 118 .

1 - عقار بالطبيعة . 2 - عقار بالتخصيص والتعيين .

3 - عقار بالمادة التي سيطبق عليها . 4 - عقار بالإقرار .

العقار الطبيعي أو بالطبيعة هو الشيء الذي بتركيبه الطبيعي لا يمكن أن ينتقل ولا يكون منقولاً وهي الأرض وما اتصل بها . وأنواع العقار بالطبيعة هي :

أولًا : الأرض أو باطن الأرض .

ثانيًا : المحصول الزراعي المتعلق بالأفرع أو بالجذوع ، لكن من ساعة نضوج الحبوب وقطع الثمر أصبح المحصول منقولًا ، وكذا تقليم الشجر .

ومع هذا فبيع المحصول الزراعي قائمًا على أصوله أو تقليم الشجر يعتبر بيعًا لمنقول لأنه بيع لمحصول تم ليُضَمّ وتقليم الشجر ليقطع ، كذلك الحجز على الثمرات القائمة على أصولها هو حجز على المنقول لأن الحجز تم لتباع بعد قطعها ، وكذا بيع منزل للهدم فهو بيع منقول .

ثالثًا : المزروعات من أي نوع كان (شجر - شجير - زرع) .

رابعًا : المباني ، بشرط أن تكون ملتصقة بالأرض لها أساس فيها ، وأما المساكن الخشبية المرتكزة فقط على الأرض بقوائمها فتعتبر منقولات كعربات الأمنوبيس المعدة للسكنى وأكشاك البلديات أو أكشاك بيع الجرائد فمنقولات .

خامسًا : المواسير المستعملة لسير الماء أو لاستعماله بالمنازل ، وكذا مواسير المياه والغاز بالطرق العامة ، ويمكن اعتبار هذا عقارًا بالتخصيص .

سادسًا : طواحين الهواء أو الماء بشرط أن تكون ثابتة على دعائم وأن تكون جزءًا من عمارة .

ملكية العقار تندمج في العقار فهي عقار بالطبيعة .

المباني والزراعة أيًّا كان موجدها مالكًا أو منتفعًا فهي عقار بالطبيعة .

بند [308] التشريع الإسلامي

ليس في التشريع الإسلامي هذا التقسيم الحديث وإنما الذي كان مصطلحًا عليه عقار وملحق بالعقار فهو عقار ومنقول وملحق بالمنقول لهذا ستكون المقارنة على هذا الأساس .

« فالعقار بالطبيعة هو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر »[1] بحيث لا يمكن أن ينقل ولا أن يكون منقولًا ، فالأرض وباطنها والمزروعات من أي نوع ، والثمار التي على الشجر ولم تنضج وفروع الشجر التي لم تقطع عقار[2] فإن جنى الثمر أو حصد الزرع أو قضب الشجر فالثمر المجني والزرع المحصود وتقضيب الشجر اعتبر منقولًا .

فإن بيع الثمر أو المحصول الزراعي الذي يُجْنى وأصله ثابت كمقثأة وبطيخ مثلًا على أصوله وأفرع الشجر على جذوعها اعتبر عقارًا حتى يجني الثمر أو يجمع القثاء أو البطيخ أو تقطع الأفرع فهي ليست منقولة ما دامت متصلة بالعقار فهي عقار .

وكل هذا ما لم تكن الثمرة تم نضجها وإلا فهي منقول ، وأما الزرع الذي لا يجنى بل يحصد كالقمح والشعير ففيه خلاف ؛ والصحيح أنه لا شفعة فيه تبعًا للأرض ولو بيع معها فهو معتبر منقولًا . لكن ظاهر هذا أنه إذا استوى على ساقه ليس من العقار ولا ملحقًا به ، ويقال : إنه عقار تبعًا للأرض ما دام لم يفصل عنها ، ولكل وجهة .

وأما أفرع الشجر فهي تبع للشجر فهي عقار حتى تفصل بالفعل ، وأما الزرع الذي يُجْنَى ويبقى أصله بالأرض كالقرع والباذنجان فثمرته عقار ما لم تستو للأكل وتجمع ، وإلا فهي منقول بمجرد الصلاحية للأكل والجمع .

فالحجز على الثمر الناضج حجز على منقول ، وعلى غير الناضج حجز على عقار . والمنزل المباع للأنقاض ما دام قائمًا فهو عقار فإن هدم فما خرج من أخشاب وطوب وخلافه فهو منقول . وكذلك الأنقاض المجلوبة للبناء ، فإن بنيت بالفعل فهي عقار ، وإن بقيت أنقاضًا فهي منقول .

والمباني بشرط ثباتها واتصالها بالأرض عقار ، فإن كانت غير ثابتة ، ويمكن نقلها بحالتها أو جرها كذلك فهي منقول . والماسورات والبرابخ الموصلة للمياه في البيوت وفي الأراضي من العقارات ، لأنها إما بناء متصل بالأرض أو في حكمه ، وكذا الزرع المبذور .

وطواحين الهواء والماء من العقار وآلاتها من المنقول ؛ فإن كانت هذه الآلات

(1) قاعدة : العقار بالطبيعة هو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر .

(2) جاء تعريف العقار في المادتين 63 ، 64 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية على نحو يختلف مع ما أخذ به المذهب الحنفي كما تقدم .

مجبسة أو مبنيًّا عليها أرصفة أو جزءًا من دار فهي عقار تبعًا لما اتصلت به .

ملكية العقار عقار لأنها جزء من العقار اعتبارا ، وإن كانت صفة للمالك أو علاقة المالك بملكه [1] .

بند [309] عقار بالتخصيص

القانون الفرنسي : العقار بالتخصيص هو مواد منقولة بطبيعتها الجسمانية اعتبرها القانون عقارا طبيعيًّا بسبب علاقتها الوثيقة وقد رتب المالك بينهما وبين العقار الطبيعي صلة جعلتها تابعة له وملحقة به [2] .

العقار بالتخصيص قسمان :

أولًا : المواد المخصصة للعمل في معمل أو فابريكة لأجل استغلالها سواء أكان الاستغلال زراعيًّا أم صناعيًّا أم تجاريًّا بشرطين :

1 - أن يكون المحل مبنيًّا خاصة أو مصلحًا للاستغلال الزراعي أو الصناعي .

2 - أن تكون هذه المواد وضعت أو ركبت بمعرفة المالك نفسه ، لا من المستأجر ولا من المنتفع ، ففي الاستغلال الزراعي يلحق بالعقار ما يأتي :

1 - الحيوانات المرتبطة بالزراعة .

2 - الآلات الزراعية .

3 - البذرة المعطاة إلى الشغالة أو إلى المزارعين .

4 - تربية الحمام .　　　　5 - تربية الأرانب .

6 - أسماك المستنفع الراكد .　　　　7 - التبن والسماد .

وفي الاستغلال الصناعي والتجاري يلحق بالعقارات ما يأتي :

(1) اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار والأرضين كلها واختلفوا فيما سوى ذلك . ومذهب مالك أنها ثلاثة أنواع : أحدها مقصود وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين ، والثاني ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول وذلك كالبئر ومحال النخل ، والثالث ما تعلق بهذه كالثمار ... بداية المجتهد جـ 2 ص 257 .

(2) انظر : البنود من 517 إلى 526 في الباب الأول ، من الكتاب الأول من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 116 : 118 .

1 – معاصر العنب والتفاح والمطابع .

2 – مولد البخار .

3 – آلات التقطير ومواعين النبيذ والبيرة .

4 – الخيل الضرورية لسير العمل في الفابريكة .

5 – المواد السائرة في شركة سكة الحديد .

6 – البنوار وآلة تسخين الماء والحنفيات المستعملة في عمارة الحمام .

7 – الماكينات ولوازم التياتروات .

8 – الطرابيزات والبنوكة والأرفف في الدكان .

ثانيًا : القسم الثاني من العقار بالتخصيص ، وهي الأشياء المتصلة أبديًّا بالمسكن بشرط أن يكون اتصالها بفعل المالك نفسه اتصالًا جسمانيًّا بجبس أو أسمنت بحيث إذا فصلت تكسر أولا تصلح للاستعمال كالمرايات في حائط محل السكن ، اللوحات في الحائط ، والورق المجعول غطاء للحائط .

بند [310] التشريع الإسلامي

المواد المخصصة للعمل في معمل أو فابريكة لأجل استغلالها بأي نوع إن كانت ثابتة متصلة بالعقار فهي عقار ملحقة به ، وإن كانت منقولة من مكان لآخر فهي منقول . ومقتضى كون المحل كان مبنيًّا خاصة للاستغلال ، وأن المالك وضع أو ركب هذه المواد في نفس هذا المحل ، وأنه آجره بما فيه للاستغلال فتكون هذه المواد ثابتة فتكون تبعًا للعقار .

فالحيوان المرتبط بالزراعة رقًّا أو حيوانًا تجوز فيه الشفعة بين الشركاء تبعًا للعقار ، فإن بيع منفردًا فلا شفعة فيه فهو إذًا عقار تبعًا ، وكذا آلات الزراعة دون البذور والحمام والأرانب والأسماك [1] لأنها منقولات [2] .

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاءت به المادة 65 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ومقابلاتها في المدني المصري والأردني والعراقي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 15) .

(2) جاء في الشرح الكبير 475/3 وما بعدها أنه لا شفعة لوارث من معين موصى له ببيع جزء من دار الميت من =

معاصر الزيوت والمطابع ومولد البخار والكهرباء وآلات التقطير إن كانت ثابتة فهي عقار تبعًا ، وإن كانت منقولة ففيها خلاف ، لأنه تجوز فيها الشفعة بين الشركاء تبعًا للعقار .

وكذا آلات السكة الحديد لأنه يمكن نقلها ، لكن تجوز فيه الشفعة أيضًا تبعًا للسكة الحديد نفسها . والبنوارات وآلة تسخين الماء وحنفيات الحمام وماكينات التياتروات والأرفف في الدكان عقارات قطعًا لأنها ثابتة .

والقاعدة في مثل هذه الأشياء أنها متى كانت ثابتة في الأرض أو مجبسة أو مجصصة في العقار فهي عقار قطعًا . فإن كانت ضرورية للعمل التجاري أو الزراعي أو الصناعي ، ويتوقف العمل عليها ، فهي عقار إن بيعت تبعًا للعقار ؛ فيجوز للشريك الباقي أن يأخذها بالشفعة تبعًا للعقار ، ومعنى هذا أنها عقار في حقه على هذه الحالة ، والشفعة لا تكون إلا في العقار وما يتبعه ، فإن بيعت منفردة فلا شفعة فيها وهي منقولة لأنه لا شفعة فيها ، وهي منقولة لأنه لا شفعة في المنقول [1] .

وكل ما كان متصلًا اتصالًا جسمانيًا بجبس أو أسمنت بالحائط فهو عقار كالمرايات المثبتة في داخل الجدار واللوحات المرسومة في الحائط والورق الملصوق غطاء للحائط فإن كانت معلقة على الحائط فهي منقولة [2] .

= ثلثه ، والثلث يحمله لأن الميت قصد نفع الموصى له ، ويجب تقييده بما إذا كانت كلها للميت . أما إذا كانت بينه وبين أجنبي ، أو بينه وبين الوارث وجب الأخذ بالشفعة لكونه شريكًا لا وارثًا . والعقار هو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر ، فلا شفعة في حيوان أو عرض إلا تبعًا ، ولو كان العقار مناقلًا به . والمناقلة بيع العقار بمثله . وله صور منها أن يكون لشخص حصة من دار ولآخر حصة من أخرى فناقل كل منهما الآخر فلشريك كل منهما الأخذ بالشفعة ممن ناقل شريكه ويخرجان معًا من الدارين ، ويشترط في العقار الذي فيه الشفعة قبوله القسمة ، لا إن لم يقبلها أو قَبِلها بفساد كالحمام والفرن 475/3 ، 476 .

(1) قاعدة : لا شفعة في المنقول .

(2) اتفق الفقهاء المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار والأرضين كلها لكنهم اختلفوا في الشفعة في الحمّام ، والرحا ، وأما ما عدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عند مالك . بداية المجتهد جـ 2 ص 257 ، 258 والكافي لابن عبد البر ص 436 وما بعدها .

بند [311] فوائد عملية في التفرقة

بين العقار بالطبيعة والعقار بالتخصيص

القانون الفرنسي :

أولًا : كل شخص ولو له حق التمتع أو مستأجر أو فلاح يمكنه عمل عقار بالطبيعة ولا يمكن لأحد غير المالك عمل عقار بالتخصيص [1] .

ثانيًا : الضريبة المرتبة على العقار لا تصيب إلا العقار بالطبيعة ولا تؤخذ عن العقار بالتخصيص .

ثالثًا : تفضيل بائع المنقول يفقد حينما ينقلب المنقول عقارًا طبيعيًّا (كأدوات البناء المستعملة في البناء بالفعل) بينما يبقى حق تفضيل بائع المنقولات على العين المباعة حتى مع تحويل المنقول إلى عقار بالتخصيص (كمكينة ركبت في فابريكة العمل) .

رابعًا : عقار بالتبعية لما يترتب عليه :

هذا العقار في ذاته حق من الحقوق فلا هو عقار ولا هو منقول ، لكن القانون أعطاه اسم الشيء الذي يؤخذ أو يترتب عليه ، فكل حق ترتب على عقار يعتبر عقارًا قانونًا تبعًا لما ترتب عليه وذلك :

(1) حق الانتفاع بريع العقار .

(2) حق الارتفاق (استعمال عقار لمنفعة عقار آخر) .

(3) دعاوى استرداد العقار .

(4) الرهن وحق الامتياز على العقار .

(5) الحقوق الناتجة عن امتياز المناجم .

(6) الحقوق الناتجة عن امتياز أو عن إيقاف امتياز السماح بتنظيم القوة المائية .

وأما نفس ملكية العقار فتدخل في قسم العقار بالطبيعة .

---

(1) انظر : البنود من 517 إلى 526 ، في الباب الأول ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 116 : 118 .

رابعًا : العقار بالإقرار :

والعقار بالإقرار هو بعض السندات المالية التى لمالكها الحق في جعلها عقارًا بإقرار بسيط يسجل في سجل التحويل ، والسندات التي يجوز له تحويلها هي :

(1) أسهم بنك فرنسا . (2) أسهم قنال دى ميدى .

(3) الإيراد المرتب على الحكومة قبل 12 مايو سنة 1835 .

بند [312] التشريع الإسلامي

الفوائد العملية المذكورة ترتبت على اصطلاح التشريع الوضعي من وجود عقار بالطبيعة وعقار بالتخصيص ، لكن التشريع الإسلامي يرى كما سبق الإشارة إليه العقار وما يلحق به فهو عقار تبعًا .

وأما حق الانتفاع بريع العقار ودعاوى استرداده والحقوق الناتجة من امتياز المناجم أو من القوة المائية فهي عقار اعتبارا فقط ، لا بمعنى أنها ثابتة ، ولا من الأرض وما يتصل بها جسمانيًا ، ولكنها تتصل به اعتباريًا .

وأما حقوق الارتفاق والرهن وحق الامتياز على العقار ، فهي مرتبطة بالعقار تمام الارتباط [1] بمعنى أن فيها حق الشفعة بين الشركاء تبعًا للعقار وإن كان لا يصح بيعها ولا التنازل عنها استقلالًا [2] .

أما حقوق الارتفاق فهي لمالك العين المنتفعة ، فإن تعدد الملاك وتنازل البعض عن حصته فلا يؤثر في حق الشريك الآخر على حصته [3] ، وأما الرهن أو حق

(1) قاعدة : حقوق الارتفاق والرهن وحق الامتياز على العقار مرتبطة بالعقار تمام الارتباط .

(2) يتفق هذا مع ما جاء في المادة 1132 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها :

1 - للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق امتياز عليه ، تأمينا لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل .

2 - ويكون لامتياز المتقاسم ذات المرتبة التي لامتياز البائع أو المقايض . فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ . والمادة تتفق مع المادة 1380 من التقنين العراقي . وتتفق مع المادة 1447 من التقنين الأردني . وتتفق مع المادة 1082 من التقنين الكويتي .

انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

(3) قاعدة : حقوق الارتفاق لمالك العين المنتفع بها ، فإن تعدد الملاك وتنازل البعض عن حصته فلا يؤثر في حق الشريك الآخر على حصته .

الامتياز فإن كان لدائنين وتنازل أحدهم بقيت العين مرهونة أو عليها حق الامتياز لباقي الدائنين أو المرتهنين بدون نقص ما بقي درهم واحد من دينهم [1] ، فهي عقار تبعًا للعقار وكذلك ملكية العقار عقار لوجود الشفعة فيها كما سبق [2] .

وليس هناك عقار بالإقرار [3] لأن العقار والمنقول جعلا وصفًا لطبيعة الأشياء من حيث هي ، فلا تخضع لجعل جاعل ما لم ينطبق عليها تعريف أصل وضعها ، فأسهم الشركات وأسهم الحكومات أيًا كانت من المنقول [4] .

بند [313] المنقول

القانون الفرنسي : المنقول قسمان :

(1) منقول بالطبيعة أو منقول جسماني .

(2) منقول بتحديد القانون ، أو منقول غير جسماني [5] .

أولًا : المنقول بالطبيعة ، وهو كل ما يمكنه الانتقال من مكان إلى مكان سواء أكان متحركًا بنفسه كالحيوانات ، أم كان متحركًا بغيره كالجماد ، وأنواعه كثيرة ، ولكن لا بأس من ذكر أمثلة لذلك (الحيوانات ، البواخر والمراكب والمعديات ، طواحين وحمامات على المراكب غير ثابتين وليسوا جزءًا من عمارة ، المواد الأولية للبناية التي لم تدخل الحائط ، ومواد المباني المهدومة - العملة نقدًا - الحلي - الكتب - المداليات - ثياب الشخص - الحبوب - النبيذ - الدريس .

والمنقول بالتخصيص ، يعني المنقول المخصص للاستعمال ولزينة المساكن كالسجاد والأَسِرَّة والمرايات وساعات الحائط .

ثانيًا : منقول بتحديد القانون وهي الحقوق المتعلقة بالمنقول وهي :

---

(1) قاعدة : الرهن أو حق الامتياز إن كان لدائنين وتنازل أحدهم بقيت العين مرهونة أو مشغولة بحق الامتياز لباقي الدائنين والمرتهنين بدون نقص ما بقي درهم واحد من دينهم .

(2) لو باع أحد الشركاء نصيبه من الشجر أو البناء الكائنين في تلك الأرض فلشريكه الآخر الأخذ بالشفعة . الشرح الكبير 479/3 .

(3) قاعدة : ليس هناك عقار بالإقرار .

(4) الشفعة واجبة في الدور والعقار والأرضين كلها . بداية المجتهد جـ 2 ص 257 وإرشاد السالك ص 90 .

(5) انظر : البنود من 527 إلى 536 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 118 : 120 .

1 – الالتزامات والدعاوى الخاصة بها كدفع مبلغ واجب الأداء ورفع دعوى لأدائه .

2 – الأسهم المالية وفوائُدها في الشركات المالية والتجارية والصناعية من أحد الشركاء فقط ، أو من تلقوا عنهم المِلْك ، ما دامت الشركة قائمة .

3 – الإيراد الدائم أو مدى الحياة سواء قِبَلَ الحكومة أو الأفراد .

4 – حق الانتفاع والرهن والامتياز على المنقول – الرهن للبواخر – حق الملكية الأدبية (تأليف) على الإنتاج الأدبي أو الفنون الجميلة أو الحقوق الناتجة من حق الاختراع أو العلامات التجارية – حق التاجر على محل تجارته .

بند [314] التشريع الإسلامي

المنقول ما كان منتقلًا بطبيعته متحركًا بطبعه أو بفعل فاعل [1] ؛ فالحيوانات والبواخر والمراكب صغيرة أو كبيرة ، والمعديات وطواحين وحمامات المراكب غير الثابتة على الأرض ، والمواد الأولية للبناء قبل الاستعمال والأنقاض الخارجة من هدم (بشرط عدم تبعية المواد والأنقاض لعقار فيه شفعة وإلا كانا عقارا بالتبعية) والنقود والأمتعة والحلي والكتب والمداليات والثياب والحبوب والزيوت والخل والعسل والسجاد والأسِرَّة وساعات الحائط والفرش والغطاء كلها منقولات بلا نزاع . وكذا الأسهم المالية والإيراد الدائم منقولات [2] .

وأما الالتزامات والدعاوى المتعلقة بالمنقول وحق الانتفاع به ورهنه وحق الامتياز عليه وحق الملكية الأدبية [3] أو الاختراع أو العلامات التجارية فهي حقوق منقولة

---

(1) قاعدة : المنقول ما كان منتقلًا بطبيعته متحركًا بطبعه أو بفعل فاعل .

(2) يقابل ذلك المادة 66 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية .

كما يقابل المادة 85 مدني مصري وهي تجري على النحو الآتي : « الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد ، أو القياس ، أو الكيل ، أو الوزن » .

انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في التعليق على المادة 66 منه .

(3) نص الدردير على حق الشريك في الشفعة في شيء لا ينقسم بين الشركاء كحمام وفرن وحانوت وبرج وطاحون وفصل أحكامه في الشرح الكبير جـ 3 ص 192 ، 256 وما بعدها وناقش ذلك ابن رشد في بداية المجتهد جـ 2 ص 256 وما بعدها .

اعتبارية [1] .

بند [315] الإيراد

القانون الفرنسي : معنى كلمة الإيراد في لغة القانون شيئان [2] :

1 - تدل على نفس العقد الذي ينتج عنه الإيراد .

2 - على الحق الناتج عن هذا العقد .

أولًا : عقد الإيراد هو عقد يتعهد فيه شخص يسمى (مدين إيراد) إلى شخص آخر يسمى (دائن إيراد) بدفع أقساط سنوية من النقود ، سواء بلا مقابل ، فيدخل في باب الهبة ، أو بمقابل مع مبادلة عقار أو رأس مال بنقود .

ثانيًا : الإيراد معتبر حقًّا ، وهو الصفة التى يملكها (دائن الإيراد) وبها يطالب شخصًا آخر (مدين الإيراد) بأداء الأقساط السنوية سواء مدة الحياة أو مدة غير محدودة .

ترتيب الإيراد :

يمكن ترتيب الإيراد والنظر إليه من ناحيتين : ناحية مدة ترتيبه . وناحية سبب منشئه .

أولًا : ناحية ترتيبه : الإيراد من ناحية ترتيبه يكون لمدة الحياة أو مؤبدا ، فالإيراد لمدة الحياة هو الذي لا يطالب مستحقه (دائن الإيراد) بأقساطه إلا مدة الحياة .

والإيراد المؤبد هو الذي يطالب مستحقه بأقساطه لغير أمد .

ثانيًا : سبب إنشائه : يكون إيرادًا عقاريًّا ويكون سبب إنشائه بيع عقار لآخر على أن يرتب للبائع مبلغًا معينًا كل سنة من ثمن هذا العقار .

ويكون إيرادًا مرتبًا منقولًا إذا كان سبب إنشائه ترك رأس مال منقول كقرض الحكومة 100 مائة فرنك على أن تدفع 5 % عن كل 100 فرنك .

وهذا الإيراد كما يجوز أن يكون مدة الحياة يكون أبديًّا .

---

(1) قاعدة : الالتزامات والدعاوى المتصلة بالمنقول وحق الانتفاع به ورهنه وحق الامتياز عليه وحق الملكية الأدبية أو الاختراع أو العلامات التجارية حقوق منقولة اعتبارية .

(2) انظر : البنود من 582 إلى 636 ، في الكتاب الثالث من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 130 : 142 .

بند [316] التشريع الإسلامي

الإيراد بمعنى عقد الإيراد الذي يتعهد فيه شخص إلى آخر بدفع أقساط سنوية من النقود سواء بلا مقابل أو بمقابل مع مبادلة عقار أو رأس مال بنقود غير موجود في التشريع الإسلامي وذلك .

أولًا : إن كان عقد الإيراد بمقابل مع مبادلة عقار أو رأس مال بنقود فهو عقد باطل [1] ؛ لأن كل عقد معاوضة يجب فيه معرفة قيمة المعوض والمعوض عنه قدرًا ونوعًا وكمية [2] ، ففي البيع مثلًا يجب معرفة العين المباعة بالتحديد وقيمة الثمن خمسين أو مائة ، ولكن عقد الإيراد الثمن الذي سَيُدفَع أقساطًا غير معلوم ، لأنه متعلق بحياة (دائن الإيراد) وهي مجهولة ، لهذا فهو غير صحيح ، وكل عقد جر خطرًا وكان مرجعه الظروف والحظ أو القضاء والقدر فهو باطل [3] ، لأنه يجب أن تصان أفعال العقلاء عن العبث وأن تكون أعمالهم محدودة حسب ما يعلمون ، فلا تمتد إلى ما يجهلون .

ثانيًا : إن كان عقد الإيراد بلا مقابل فهو هبة [4] ، والهبة تمليك ذات محدودة تملك شرعًا وتنتقل لمستحق وهنا تمليك مثلي كل سنة مثلًا مدة حياته ، اللّهم إلا إذا كانت صدقة جارية من ريع عين موقوفة مثلًا حددها الواقف فهي صحيحة ، كمن شرط في كتاب وقفه إعطاء شخص معين مبلغًا معينًا من ريع وقفه كل سنة ، فهو عقد ملزم للواقف ولناظر الوقف ، وبصفة الاستحقاق هذه يملك الموقوف عليه طلب أداء المبلغ المعين له في الوقف ، سواء لمدة محددة أو مدى الحياة حسب شرط الواقف .

فالقدر المعين في الوقف للموقوف عليه إيراد ، وهو بغير عوض ، فهو صحيح كعقد إيراد .

وفي التشريع الإسلامي نوع من الهبة يقال له : « العُمْرَى » وهي أن تعطي منفعة شيء معين كبيت لشخص مدة حياته بلفظٍ (كأعمرتك بيتي هذا أو أعطيتك هذا

(1) قاعدة : عقد الإيراد بمقابل مع مبادلة عقار أو رأس مال بنقود عقد باطل .

(2) قاعدة : كل عقد معاوضة يجب فيه معرفة قيمة المعوض والمعوض عنه قدرًا ونوعًا وكمية .

(3) قاعدة : كل عقد جر خطرًا وكان مرجعه الظروف والحظ والقضاء والقدر فهو باطل .

(4) قاعدة : كل عقد إبراءِ بلا مقابل فهو هبة .

تنتفع به مدة عمرك) فهي صحيحة ، وتصبح إيرادًا للشخص مدى الحياة ، وعقدها نوع من أنواع عقود الهبة وأحكامها هي أحكام الهبة سواء بسواء [1] .

فالإيراد لمستحق الوقف أو العُمْرَى يكون مدى الحياة في الوقف بالشرط ، وفي العمري بموجب العقد [2] وسبب إنشائه دائمًا العقار الموقوف أو العمر .

وأما الإيراد الذي يترتب على ترك رأس مال منقول نظير فائدة معينة كقرض الحكومة فإنه يدفع 5 % كل عام فهو ممنوع شرعًا لأنه ربا والربا غير جائز . وقد اختلف علماء الاقتصاد في التعامل بالربا أو تشغيل النقد بالربح ، فبعضهم منعه وبعضهم أجازه ، والشرع الإسلامي يدعو الناس للعمل فلا يجلس غني يربح من إقراضه للناس بلا تحمل مكسب أو خسارة .

وأما أسهم الشركات التجارية أو التعاونية فإنها نوع من التجارة فيلحقها الربح والخسارة فيقدر الربح أو الخسارة على عدد الأسهم فهي جائزة قطعًا .

بند [317] قواعد عامة لكل إيراد

القانون الفرنسي : كل إيراد خاضع للقواعد الآتية :

أولًا : كل إيراد يكوِّن حقوق الدائن .

ثانيًا : يدخل الإيراد في طبقة المنقول .

ثالثًا : الإيراد دين غير واجب الأداء بأصله فقط ، يدفع مدين الإيراد أقساطه المرتبة سنويًا ، وليس لصاحب الإيراد طلب ثمن المنزل الذي كان سببًا في ترتيب الإيراد السنوي .

وكل إيراد أبدي سواء أكان مرتبًا أم عقاريًا يكون قابلًا للمشترى ، يعني يجوز لمدين الإيراد التخلص من دفع الأقساط السنوية إلى الدائن ، بدفع رأس المال مرة واحدة الذي كان سببًا في ترتيب الإيراد .

---

(1) يقول ابن عسكر : العُمرَى هبة السّكنى مدة عمر الموهوب ، فإذا انقضت عادت لمالكها أو وارثه إلا أن يعمره وعقبه فتمتد إلى انقراضهم والإخدام كالعمرى . إرشاد السالك ص 106 . بداية المجتهد 485/2 .

(2) قاعدة : الإيراد لمستحق الوقف أو العمرى يكون مدى الحياة في الوقف بالشرط ، وفي العمرى بموجب العقد .

الخلاف بين الإيراد الأبدي المرتب والعقاري هو أن عقد الإيراد العقاري نوع من بيع العقار بينما أن عقد الإيراد المرتب هو شكل قرض بفائدة وهو شكل قرض الحكومة العادي [1] .

فينتج عن ذلك ما يأتي :

أولًا : مقدار أقساط الإيراد العقاري السنوية يمكن تحديدها بحرية بين الطرفين بينما أن مقدار الأقساط السنوية للإيراد المرتب يجب ألا تزيد عن 5 % وإلا كان ربا يطبق عليه القانون قبل قانون 1918/4/18 .

ثانيًا : أفضلية بائع العقار وإبطال العقد لغبن فاحش في الثمن أزيد من 7 – 12 يطبق في عقد الإيراد العقاري دون عقد الإيراد المرتب .

ثالثًا : التأخير في دفع قسط واحد من الإيراد العقاري يكفي لفسخ العقد ، بينما أنه لحل عقد الإيراد المرتب يجب عدم الدفع سنين .

رابعًا : يمكن للطرفين المتعاقدين تأخير زمن المشترى في الإيراد المرتب إلى عشر سنين وفي الإيراد العقاري إلى ثلاثين سنة .

خامسًا : يمكن للطرفين تحديد رأس المال الذي سيدفع بحرية تامة في عقد الإيراد العقاري ، ولا يمكنهما تحديد رأس المال أزيد من رأس المال المدفوع في عقد الإيراد المرتب وإلا اعتبر العقد باطلًا لتلوثه بالربا الفاحش .

خصوصيات إيراد مدى الحياة : يختص عقد الإيراد مدى الحياة بما يأتي :

أولًا : عقد الإيراد مدى الحياة عقد خاضع للقضاء والقدر يحتمل الكسب أو الخسارة من أحد الطرفين متعلقًا بحياة الدائن طولًا وقصرًا .

ثانيًا : عقد الإيراد مدى الحياة غير قابل للمشترى في أي لحظة ولا لأي سبب ولا يمكن للمدين إكراه دائنه على قبول رد رأس المال إليه ليتخلص من دفع الأقساط لأنه عقد حظ .

---

(1) انظر : البنود من 582 إلى 636 ، في الكتاب الثالث من المقالة الثانية من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 130 : 142 .

ترتيب آخر للأملاك

يمكن ترتيب الأملاك كالآتي :

أولًا : شيء جسماني وشيء غير جسماني .

ثانيًا : شيء يستهلك بالاستعمال الأولي وشيء لا يستهلك به كالزيت والحصان .

ثالثًا : شيء قابل للتقدير عدًّا أو وزنًا أو كيلًا ، وشيء غير قابل للتقدير .

بند [318] التشريع الإسلامي

يصح أن يكون الإيراد من قبيل المنقول اعتبارًا لكنه تابع للعين الموقوفة وجودًا وعدمًا أو للعين المعمرة كذلك فلو زالت عين الوقف ولا ريع فيه فلا يأخذ الموقوف عليهم شيئًا ولو هدمت الدار المعمرة كذلك فهو من هذه الناحية حق عقاري ، وقد عرفنا أن التشريع الإسلامي لا يقر بالإيراد نظير بيع أو تنازل عن رأس مال لعدم صحته للجهالة الفادحة .

فلا يجوز التخلص من دفع المبلغ المعين سنويًا للموقوف عليه ، وللموقوف عليه الحق في التنازل لغيره مدة أو طول حياته ، ولا يمكن لمدين الإيراد (عين الوقف ، أو العين المعمرة) التخلص من دفع الأقساط بل يجب تنفيذ شرط الواقف ويعزل ناظر الوقف لعدم تنفيذه ويحكم وينفذ الحكم ككل الأحكام بدفع الاستحقاق ، ولا يمكن للطرفين تحديد نصيب الإيراد بل هو محض اختيار الواقف وتقديره ، فهو تبرع وهبة منه .

ولا يفسخ عقد الوقف ولا العمرى للتأخر في دفع المستحق بل يقاضي ناظر الوقف للحكم بالمبلغ المعين ولتسليم العين المعمرة إذا أخذت اغتصابًا ، ولا يصح تأخير النصيب المستحق إلا لتعمير أعيان الوقف ربما بحفظ عينها لتؤتي ثمراتها . والتعمير من غلة الوقف واستحقاق المستحقين ؛ إذ لولا التعمير ما وصل لأيديهم شيء .

والقاعدة العامة أن كل عقد خاضع للقضاء والقدر ويحتمل الكسب والخسارة وخارج عن تقدير الناس فيما تعورف بينهم في تقدير العواقب فهو

باطل [1] لا تترتب عليه آثاره [2] .

والشيء جسم كالمنزل وغير جسم كالمديونية وكلاهما يصح ملكه ، وشيء يستهلك بالاستعمال كالزيت والثوب ، وشي لا يستهلك كالمنزل والحصان وكلاهما يصح تملكه . والشيء يكون مثليًا أو مقومًا ؛ فالمثلي ماله نظير وهو المكيل كالقمح والموزون كالحناء والمعدود كالبيض [3] مثلًا ، والقيمي ما كان مرادًا لذاته وليس له نظير كالحصان مثلًا فهو مقوم القيمات أو منزل مثلًا [4] .

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 131 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها :
يكون العقد باطلًا في الحالات الآتية :
1 - إذا أبرمه شخص لا أهلية له إطلاقًا .
2 - إذا انعدم فيه الرضاء أو المحل أو السبب ، وإذا لم تتوافر في المحل أو في السبب شروطه الجوهرية .
3 - إذا اشترط القانون في العقد شكلًا يكون باطلًا بدونه ولم يستوف العقد هذا الشكل ، أو إذا أغفل المتعاقدان إجراء شكليا يعتبره القانون ركنا من تكوين العقد .
4 - إذا ورد في القانون نص خاص على البطلان .
وتقابلها المادة 137 من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :
1 - العقد الباطل هو مالا يصح أصلًا باعتبار ذاته أو وصفًا باعتبار بعض أوصافه الخارجة .
2 - فيكون العقد باطلًا إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلًا للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع .
3 - ويكون باطلًا أيضًا إذا اختلت بعض أوصافه ، كأن يكون المعقود عليه مجهولًا جهالة فاحشة ، أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون .
وتقابلها المادة 1/168 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « العقد الباطل ما ليس مشروعًا بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ، ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة » .
والعقد الباطل في الفقه الإسلامي هو العقد الباطل في القانون الوضعي . وقد نصت المادة 313 من مرشد الحيران على ما يأتي : « العقد الباطل هو ما ليس مشروعًا لا أصلًا ولا وصفًا ، أي ما كان في ركنه أو في محله خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلًا للعقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد . وهو لا ينعقد أصلًا ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض .
انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

(2) قاعدة : كل عقد خاضع للقضاء والقدر ويحتمل الكسب والخسارة وخارج عن تقدير الناس فيما تعورف بينهم في تقدير العواقب فهو باطل لا تترتب عليه آثاره .

(3) قاعدة : المثلي ماله نظير وهو المكيل والموزون والمعدود ، والقيمي ما كان مرادًا لذاته وليس له نظير .

(4) أشار ابن رشد إلى العمرى بقوله : « وأما هبات المنافع فمنها ما يشترط الانتفاع بها ما بقيت حياة الموهوب =

بند [319] العلاقة بين الملك والمالك

القانون الفرنسي : قد يمكن أن يكون المالك للشيء فردًا عاديًّا أو جماعة حقيقية أو تقديرية ، وقد يمكن أن يكون المالك الحكومة أو المديرية أو المركز فيكون الملك عامًّا أو خاصًّا ، فيتكون من هذا أملاك الدولة العامة وأملاك الدولة الخاصة . والفرق بين أملاك الدولة العامة والأملاك الخاصة ما يأتي [1] :

أولًا : متعلقات أملاك الدولة العامة يكون أجزاء المملكة وهذه عقارات .

ثانيًا : الأملاك العامة للدولة غير قابلة للملكية الخاصة .

ثالثًا : الأملاك العامة للدولة مخصصة للمنفعة العامة لا للخدمة العامة .

ويفرق قانونا بين أملاك الدولة العامة وأملاك الدولة الخاصة بأن أملاك الدولة العامة تختلف عن أملاكها الخاصة في أن الأولى غير قابلة للبيع حتى ولو بقانون ، وغير قابلة لسقوط الحق بمضي المدة مهما طال وضع اليد . وأملاك الدولة العامة تشمل : الطرق العامة للشعب . الأنهر والغدران القابلة للملاحة وغيرها . شواطئ البحار . المين والمأمن البحري للمراكب والمرسى .

وأملاك الدولة الخاصة تشمل : أرض طرح البحر . الغابات والأخشاب التى للحكومة . العقارات المخصصة للخدمة العامة كدور الحكومة .

وأملاك المديرية العامة تشمل : طرق المديرية العامة وأملاكها الخاصة ، والعقارات المخصصة للخدمة العامة كالمديريات والمحاكم ومحكمة الجنايات والسجون الخاصة بالمديرية .

أملاك الأقسام الإدارية العامة كالمركز تشمل : الطرق القروية والطرق الحقلية والرحاب والشوارع والممرات في المدن والقرى . وأملاكها الخاصة هي الأملاك المخصصة للمنفعة العامة .

= له ، وهذه تسمى عمرى واختلف فيها العلماء على ثلاثة أقوال : أحدها أنها هبة مبتوتة أي أنها هبة للرقبة ، الثاني أنه ليس للمعمر أو إلى ورثته وبه قال مالك وأصحابه » ... بداية المجتهد جـ 2 ص 491 الشرح الصغير جـ 3 ص 348 .

(1) انظر : البنود من 537 إلى 543 ، في الباب الثالث من الكتاب الأول ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 121 ، 122 .

والأملاك المؤجرة للأفراد التي تدر ثمارا مدنية . والأملاك الخاضعة لمنفعة الأهالي من طبيعتها كالخشب والمرعى والأرض البور .

بند [320] التشريع الإسلامي

الشيء المملوك قد يكون لشخص واحد فتسمى ملكية فردية وقد يكون لأكثر من واحد فتسمى شركة ، وقد يكون المالك شخصًا حقيقيًّا كزيد وعمر ، وقد يكون شخصًا اعتباريًّا كبيت المال (المالية) أو الحكومة ممثلة في وزارة المالية ، وقد يكون النفع بأملاك الدولة عامًّا للجميع فتسمى أملاك الدولة العامة كالمين والطرق المعبدة المارة بأكثر من مديرية مثلًا [1] ، وقد يكون النفع خاصًا بمحلة أو قرية فيسمى ملكًا للدولة خاصًّا [2] .

ولكن لا فرق في الأحكام بين أملاك الدولة العامة والخاصة كما سيأتي .

والقاعدة أن كل ملك ليس لأحد عليه تصرف بالملكية [3] ؛ فإن كان حبسًا (موقوفًا) فالقيام عليه للمتولي عليه بالأصول الشرعية ، وإن كان مجهول الأرباب فالأمر فيه لبيت المال ، فأملاك الدولة غير قابلة للتملك بوضع اليد وهي مخصصة للمنفعة العامة .

---

(1) يقابل ذلك ما جاء في المادة 68 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها :

1 - تعتبر أموالا عامة ، العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص .

2 - وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجر عليها أو تملكها أو كسب أي حق عيني عليها بالحيازة أو بالتقادم المانعين من سماع الدعوى » .

ويتضح من نصوص الدستور المصري أن الأموال العامة أربعة : النوع الأول : يشمل الأموال العامة ، النوع الثاني : يشمل الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، والنوع الثالث : يشمل الأموال التعاونية ، والنوع الرابع : يشمل الأموال الخاصة . (م 29 - 32 من الدستور) .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

(2) أموال الدولة الخاصة يراد بها كل ما هو مملوك للدولة عدا الأموال العامة من أدوات التجارة أو الصناعة أو الزراعة أو الأراضي أو المباني أو غير ذلك . انظر : المذكرة الإيضاحية في المادة 68 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .

(3) قاعدة : كل ملك ليس لأحد عليه تصرف بالملكية فإن كان حبسًا (موقوفًا) فالقيام عليه للمتولي عليه بالأصول الشرعية وإن كان مجهول الأرباب فالأمر فيه لبيت المال .

ويجوز لبيت المال أن ينقل ملكية أملاك الدولة العامة أو الخاصة للغير بأي وجه من وجوه التمليك متى رأى المصلحة في ذلك ، ولا داعي للنقل من أملاك عامة للدولة إلى أملاك خاصة للدولة ثم تمليكها ، فاللف والدوران لا معنى له حيث يجوز لبيت المال التصرف في أملاك الدولة بجميع أنواع التصرفات ما دامت المصلحة في التصرف موجودة .

وتشمل أملاك الدولة التي يديرها ويرعاها (بيت المال) : الشوارع والطرق والسكك والأنهر بأنواعها وشواطئ البحار وما يتخلف عنها والسواحل والمين والأراضي التي لا مالك لها ، وكل ما جهلت أربابه ، وتركة من توفي لا عن وارث ، أو عن وارث [1] وأسقط حقه لخصوص بيت المال والاستحكامات والقلاع والحصون ، والعقارات المخصصة للخدمة العامة كدور الحكومة والمستشفيات والمدارس المملوكة للحكومة ودور القضاء ومراكز البوليس إلخ .

وليس هناك أملاك خاصة للمديريات والمراكز ، ولا أملاك عامة ، بل كل ذلك من أملاك الدولة ، والقائم عليه هو بيت المال غير أن المنصوص عليه أنه إذا عمر جماعة قرية أو بلدًا فإنهم يختصون بها وبحريمها من محتطب ومرعى لدوابهم ولا يشاركهم غيرهم فيه ولا يختص بها بعضهم دون البعض [2] ، فكانت هذه المنفعة خاصة من أملاك الدولة لأن الحرم والمحتطب والمرعى في أرض الدولة وهي ملك لها ومنفعته للجميع .

فإن رأى بيت المال تخصيص قوم دون آخرين من أهل محلة واحدة أو بلد واحد بما هو منفعة عامة للجميع فلا يكون في ذلك مصلحة ولأهالي البلد الباقين مقاضاته في ذلك .

---

(1) تعتبر التركات التي لا وارث لها من أموال الدولة الخاصة . فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم 71 لسنة 1962 بشأن التركات الشاغرة التي تتخلف عن المتوفين من غير وارث على أنه « تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بجمهورية مصر العربية والتي يَخْلفها المتوفون من غير وارث أيا كانت جنسيتهم ، وذلك من تاريخ وفاتهم » . ومن هذا فإن أموال هذه التركات لا تعتبر أموالًا مباحة ، فلا يجوز تملكها بالاستيلاء ؛ لأن الدولة تملكها بمجرد وفاة المالك بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة 886 .

(2) قاعدة : إذا عمر جماعة قرية أو بلدًا فإنهم يختصون بها وبحريمها من محتطب ومرعى لدوابهم ولا يشاركهم غيرهم فيها ولا يختص بها بعضهم دون البعض .

ولبيت المال التصرف في أملاك الدولة بما يرى فيه المصلحة ، ولا تتملك المنافع العامة بوضع اليد المدة الطويلة .

بند [321] جـ - الملكية في ذاتها

القانون الفرنسي :

نظرة عامة : الملكية هي الحق المتعلق بشخص على شيء محدود يُمَكِّن ذلك الشخص أخذ منفعة قانونية مباشرة من ذلك الشيء ، أو الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء مطلقًا بشرط عدم عمل شيء ممنوع بالقانون أو اللوائح .

وصفات الملكية المتفق عليها [1] :

أولًا : الملكية هي حق عيني لأنها تستعمل مباشرة على شيء لا ضد شخص .

ثانيًا : الملكية هي حق مانع للغير بمعنى أنه ليس لغير المالك الانتفاع بما ملك من ناحية ملكه ، وبمعنى أنه لا يمكن ملكية شيء واحد لشخصين ملكًا تامًّا لكل منهما .

ثالثًا : الملكية حق مستمر بمعنى أن المالك إذا مات انتقل حق ملكيته إلى ورثته أو إلى من أوصى بها لهم فليست محدودة بوقت محدد .

نماذج الملكية :

يمكن وجود الملكية في أربعة أشكال :

أولًا : الملكية تكون خالصة وسهلة وهو شكلها الطبيعي .

ثانيًا : الملكية تكون مشروطة بشروط مُوقِفَة أو مُلْغِيَة .

ثالثًا : الملكية تكون لكثيرين في جزء من شيء ويكوِّن الملكية .

رابعًا : الملكية تكون مشاعة حينما تكون مملوكة لشخص معنوي كأملاك الشركات [2] .

---

(1) انظر : البنود من 544 إلى 546 ، في الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 122 .

(2) يقول ابن عسكر : « تجوز الشركة بالنقد والعروض ويجعل رأسَ المال قيمتُها ، ويشترط خلطها حقيقة أو حكمًا ، وهي عنان وهي أن لا ينفرد أحدها بالتصرف ومفاوضة وهي أن يمضي تصرفَ كلٍّ صاحبهُ » . إرشاد السالك ص 91 وبداية المجتهد جـ 2 ص كتاب الشركة ص 377 ومواهب الجليل جـ 5 ص 117 ، 188 .

بند [322] التشريع الإسلامي

الملكية هي الحق المطلق الذي لشخص على الشيء المملوك [1] ، وتشمل ثلاثة أشياء : حق ملكية نفس العين ، وحق ملكية المنفعة وحق الملكية التبعية القسرية كالتطرق والمرور .

فالملكية حقٌّ على العين للمالك مانعٌ للغير وقت الملكية ، بمعنى أن الملكية صفة واحدة للشيء المملوك فلا تتعدد لأشخاص في وقت واحد على جزء معين .

والملكية ليست حقًّا مستمرًّا ، بمعنى أن المورِّث إذا مات فقد انقطع ملكه بموته ، فيحل محل ملكه ملك الورثة ، بدليل أن تصرف المريض مردود فيما زاد على الثلث ، إلا إذا أجازه الورثة ، وبدليل أن وصية المتوفى لا تنفذ إلا في الثلث ، إلا إذا أجازها الورثة ؛ فلو أن ملكية المتوفى مستمرة لجاز منه هذه التصرفات . ولا يحق للورثة منع ما زاد عن الثلث . حتى إن الورثة إذا أجازوا ما زاد على الثلث في تبرُّع المتوفى أو في وصيته يعتبر هذا ابتداء عطية منهم من وقت الإجازة ، ومن أجاز يسري في نصيبه فقط لا على الورثة الباقين الذين لم يجيزوا [2] .

فالملكية محددة بحياة المالك فإن مات انقطعت ملكيته للتركة وابتدأت ملكية كل فرد من الورثة لما ورث .

وقد تكون الملكية خالصة بلا قيد ولا شرط وقد تكون بشروط ملغية لها أو موقفة .

وقد تكون الملكية لأفراد حقيقيين كما تكون لشخص معنوي .

بند [323] الملكية القابلة للإلغاء

القانون الفرنسي : الملكية القابلة للإلغاء هي حق الملكية المتعلق بشخص على

---

(1) يتفق ذلك مع المادة 805 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » انظر : المذكرة الإيضاحية ص 319 .

(2) يشير الدسوقي إلى الحكم ببطلان الوصية فيما زاد على الثلث ، وإلى بطلان الوصية للوارث ، ويعتبر أن إجازة الورثة للزائد عن الثلث وللوارث هو تصرف مبتدأ بالهبة ، وليس تنفيذا للوصية بحكم كونها باطلة . الشرح الكبير 427/4 .

شيء والذي يكون قابلًا للاختفاء في الماضي إذا وجد حادث مستقبل مشكوك فيه كبيع شيء بشرط استرداده للبائع من المشتري في مدة كذا ، أو كبيع عقار لم يقم أحد الطرفين بالوفاء بما تعهد به فيجوز إلغاء الملكية فيشمل الماضي [1] .

بحث الملكية في ثلاثة أوقات : لتحديد ما ينتج عن الملكية القابلة للإلغاء يجب البحث في ثلاثة أوقات :

أولًا : مدة تعليق الشرط ما دام الشرط معلقًا فالمشتري مالك للعقار المبيع مثلًا بشرط مُلغ ، والبائع مالك للعقار نفسه بشرط معلق .

1 - المشتري مالك بشرط ملغ ملكية ليست نهائية ويصح نقضها ، لكن له حق الملكية فله حق الإدارة بكافة أنواعها وله حق الرهن والبيع وترتيب المنفعة والهبة إلخ جميع أنواع التصرفات ، وتورث عنه لورثته ، لكن كل هذه التصرفات مقيدة بشرط ملغ كما قيدت ملكيته به .

2 - البائع مالك بشرط معلق ، ما دام الشرط معلقًا لملكيته فلا علاقة له بالعين المباعة ولا يمكنه الحصول على فائدة مادية من تلك العين ، له على العقار حق متعلق بشرط فينتقل بموته إلى ورثته ، ويمكنه حال حياته ترتيب حقوق عينية على العين المباعة ، بل وبيع حق ملكيتها بنفس الشرط المعلق لملكيته .

ثانيًا : مدة وجود الشرط ، متى تحقق الشرط المتفق عليه تحقق الإلغاء ، وينسحب على الماضي ، وكأن المشتري لم يشتر أبدًا والبائع بقي مالكًا للعقار المبيع .

1 - المشتري يعتبر كأنه ما كان مالكًا أبدًا ، فينتج من هذا أن ما صدر من تصرفات المشتري في العين المبيعة مدة وجودها تحت يده وما رتب عليها من حقوق عينية تكون لاغية وكأنها ما كانت ، ويستثنى من ذلك الأعمال الإدارية المحضة التي صدرت من المشتري قبل تحقق الشرط فهي صحيحة قِبَل البائع .

2 - البائع يعتبر كأنه بقي مالكًا ولم يبع ، وينتج من هذا أن الحقوق العينية التي رتبها البائع على العين المباعة قبل تحقق الشرط قد تأكدت وهي صحيحة قانونًا .

---

(1) انظر : البند 544 وما بعده ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 122 .

ثالثًا : مدة عدم تحقق الشرط : إذا لم يتحقق الشرط المتفق عليه كما إذا لم يسترد البائع مبيعه ويدفع الثمن في المدة المحددة فيعتبر البيع بسيطًا وسهلًا ، وكل تصرف للمشتري تأكدت صحته وكل تصرف للبائع أصبح لاغيًا في الماضي والحاضر .

بند [324] الملكية القابلة للإلغاء

التشريع الإسلامي : أصل الملكية تكون على البت ؛ فمن باع أو اشترى فقد ملَّك أو ملَك على البت بمجرد الإيجاب والقبول أو ما يدل على التراضي [1] من الطرفين في العقد [2] . غير أنه قد يعرض على العقد شرط من أحد المتعاقدين . فقال ابن رشد الشروط المشترطة في البيوع على مذهب مالك – رحمه اللّه تعالى – أربعة أقسام :

أولًا : شرط يفسد البيع من أصله وهو ما أدى إلى خلل في شرط من الشروط المشترطة في صحة البيع .

ثانيًا : شرط يفسد البيع ما دام المشترط متمسكًا بشرط ، كشرط بيع وسلف .

ثالثًا : شرط يجوز ما دام لا يؤدي لفساد ولا محرم ، فيجوز فيه البيع والشرط متى كان الشرط جائزًا .

رابعًا : شرط يبطل ويصح البيع .

فإن كان الشرط يعود على العقد بالفسخ ففي ذلك خلاف بين متشرعي مذهب الإمام مالك ؛ فلو قال : بعتك بكذا لوقت كذا ، أو بعتك على أن تأتيني

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 74 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « يتم ارتباط الإيجاب بالقبول في الوقت الذي يتبادل فيه المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع لانعقاد العقد » .

ويقابل المادة 90 من التقنين المدني الأردني التي تقول : « ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » .

ويقابل المادة 32 من التقنين المدني الكويتي . ويقابل المادة 104 من المجلة العدلية التي تقول : الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

(2) يعرف الدردير البيع بأنه عقد معاوضة وارد على الأعيان ولا يكون إلا بين اثنين بإيجاب وقبول ، وخرج بقيد المعاوضة الهبة والوصية والمعاوضة مفاعلة إذ كل من البائع والمشتري عوض صاحبه شيئًا بدل المأخوذ منه ، وهذا تعريف البيع بالمعنى الأعم . الشرح الصغير 1/3 ، وبداية المجتهد 124/2 .

بالثمن في وقت كذا فإن لم تأت به في ذلك الوقت فلا بيع بيننا مستمر . وقد روى الإمام مالك في المدونة في مثل هذا ثلاثة أقوال :

1 – صحة البيع وبطلان الشرط فيكون هذا الشرط من القسم الرابع .

2 – صحة البيع والشرط فيجب الوفاء به فيكون هذا الشرط من القسم الثالث .

3 – فسخ البيع وعدم صحته فيكون هذا الشرط من القسم الأول ، لأن من شروط البيع انتقال الملكية المطلقة للمشتري [1] بالإيجاب والقبول . ومقتضى هذا الشرط أن المشتري لا يملك المبيع إلا إذا وفى بالشرط .

وسبب الخلاف في هذا النظر إلى كون العقد يفسخ بغير اختيارهما فيمتنع ، لأن الفسخ يأتي من جهة البائع نظير عدم الوفاء بالشرط من المشتري ، وهو عدم دفعه الثمن ، أو النظر إلى أن الشرط من مقتضى العقد ، لأن بالبيع وجب تسليم المبيع كما يجب تسليم الثمن فيصح الشرط والبيع صحيح ، أو النظر إلى أنه شرط يأتي على العقد وفيه ما يشبه التحجير على المالك فيبطل الشرط ويصح البيع ، ويجب جبر المشتري على دفع الثمن حالًا .

فإذا جرينا على أن البيع باطل مع هذا الشرط كان ضمانُ المبيع من البائع ، لأنه لم يدخل في ملك المشتري متى كان قبل القبض ، فإن قبضه المشتري فضمانه منه ، لأنه بيع فاسد ، والبيع الفاسد لاينقل الضمان للمشتري إلا بالقبض . وحينئذ فالغلة للبائع

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 395 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لانتقال الحق المبيع إلى المشتري ، وأن يمتنع عن أي فعل من شأنه أن يجعل انتقال الحق مستحيلا أو عسيرًا » .

وتطابق المادة 448 من التقنين الأردني ونصها : « يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجردا من كل حق آخر ، وأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية إليه » .

وتقابل المادتين 466 ، 467 من التقنين الكويتي .

فالمادة 466 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور إبرامه ، وجب على البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها ، وأن يمتنع عن أي عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلًا أو عسيرًا » .

والمادة 467 تنص على أنه : « يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبأن يسلمه الوثائق والمستندات المتعلقة به » .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

مدة ضمانه ، وللمشتري إذا كان الضمان منه ، ولا فرق بين العقار وغيره ، فإن فات المبيع بأي مفوت من مفوتات البيع الفاسد مضى بالثمن ، لأنه مختلف فيه .

وليس للمشتري أن يتصرف فيه فإن تصرف بعد القبض بالبيع أو الرهن أو الإجارة إلخ أو غيره من العقود أو التبرعات مضى تصرفه ، متى كان مليئًا يمكنه دفع الثمن وكان التصرف سابقًا للفساد وكذا إن تصرف فيه قبل القبض .

وإن تصرف البائع قبل القبض (الإقباض) فتصرفه صحيح ، وهو نقض البيع من أصله . وإن كان تصرفه بعد الاقباض للمشترى وقبل أن يرد إليه ففي تصرفه خلاف . والصحيح أنه ماضٍ متى عاد إليه المبيع .

وإذا جرينا على أن الشرط والبيع صحيح فيوفى بالشرط والضمان من المشتري ، ولو لم يقبض المبيع ، لأن البيع الصحيح ينقل الضمان للمشتري بمجرد العقد متى كان لا خيار فيه وله الغلة ما دام ضامنًا [1] . وإذا كان البيع الصحيح ناقلًا للملك فتصرف البائع قبل الشرط صحيح موقوف ، وتصرف المشتري صحيح غير لازم ؛ إذ لو كان لازمًا لفات العمل بالشرط .

وأما التصرف بعد الوفاء بالشرط فصحيح نافذ من المشتري ، وباطل من البائع وعند عدم الوفاء بالشرط فبالعكس ، كل هذا في العقار والمنقول على السواء .

ويؤخذ من هذا أنه لا يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع بما يتنافى مع الشرط . أو إن تصرف فيكون تصرفه تحت شرطه أيضًا لأنه لا يجوز التصرف في المبيع إلا إذا دخل في ملك مشتريه وقد دخل بالعقد لكن بشرط قد يؤدي لإلغاء البيع عند عدم دفع الثمن في المدة المحدودة .

وفي مذهب الإمام أبي حنيفة إذا اشترط المتبايعان في عقد البيع أن المشتري إن لم يؤد الثمن إلى ثلاثة أيام مثلًا فلا بيع بينهما صح البيع والشرط . فإن أداه في المدة المعينة لزم البيع وإلا فسد ؛ فيكون الملك موقوفًا على الوفاء بالشرط ، فلا ملك في الحقيقة مع عدم الوفاء بالشرط . واختلف فيمن باع شيئًا بشرط ألا يبيعه حتى ينتصف من الثمن فقيل عن مالك : يجوز ذلك لأن حكمه حكم الرهن ولا فرق بين كون المبيع هو الرهن أو غيره .

---

(1) قاعدة : البيع الصحيح ينقل الضمان للمشتري بمجرد العقد متى كان لا خيار فيه .

ويجوز البيع على الخيار لأحد المتعاقدين أولهما معًا ، كما يجوز البيع بتًّا بلا خيار مع تأجيل الثمن على أقساط كلا أو بعضًا . واشتراط جعل المبيع رهنًا في ثمنه فيدخل المبيع في ملك المشتري من وقت العقد بشرط كونه رهنًا نظير ثمنه ، أو باع بشرط رهن نظير الثمن المؤجل ، فإن كان الرهن معينًا أجبر المشتري على دفعه للبائع إن امتنع ، وإن كان الرهن غير معين فشرط الرهن في البيع يجوز ، وعلى المشتري رهن ثقة (ويخير البائع وشبهه في غير معين) يعني إن أبى المشتري من دفع الرهن غير المعين خير البائع . وشبهه من وارث وموهوب له في فسخ البيع وإمضائه .

فلو أدى المشتري الثمن سلمت ملكيته ولا شيء للبائع قِبَلَه . وإن لم يؤد الثمن فللبائع مطالبته وحجز الرهن حتى يستوفي حقه ويختص البائع برهنه دون بقية الغرماء ؛ فيقضي دينه أولًا من ثمن الرهن . وليس للبائع فسخ البيع نظير الثمن أو نظير ما بقي منه ، إلا إذا اشترط ذلك ، لأنه بيع بات ، والثمن أصبح في الذمة دينًا . وله الحجز على العين المبيعة لاستيفاء حقه ككل سلعة للمدين في حالة عدم التوثق برهن أو كفيل . وهذا هو الجاري عليه العمل الآن بالديار المصرية من بيع الشركات العقارية ؛ فإنها تبيع بشرط جعل المبيع رهنًا نظير باقي ثمنه تحت يد المشتري . فإن وفى المشترى فَبِها ، وإلا نزعت ملكية المشترى بالمزاد العلني ، لدفع الثمن واختصت الشركة البائعة بهذه الملكية المباعة حتى تستوفي حقها . فهذا عمل شرعي لا شيء فيه ، إلا أن الرهن تحول يد المشتري فيه . غير أنه للأسف يفرض الثمن أولًا ، ثم يضاف عليه فوائد التأخير ، ثم يضاف عليه فوائد الفوائد ، وهكذا ، وهو الربح المركب . فيجوز وهو الواقع الكثير أن يبقى المشتري يدفع للشركة أقساطًا طويلة ثم لعجز طارئ يرتكبه بالديون فتحل الفوائد المركبة ، وأخيرًا تَمحَّى الملكية لأن شرط فوائد الفوائد وفوائد فوائد الفوائد إلخ صريح في عقود الشركات ، فيقضي بها في المحاكم المختلطة التي هي مَسَبَّة في جبين مصر ، ودائمًا تفضل مصلحة الأجانب ، ولو كان في ذلك قتل للوطنيين ما دام الشرط موجودًا موقعًا عليه . وقد قيض اللّه لمصر رجال الوفد المصري في هذا الوقت فعقدوا اتفاقية (منتروا) لإلغاء الامتيازات الأجنبية المتخلفة من حكم الدولة العَلِيَّة ، ومنها المحاكم المختلطة . وستصبح في التاريخ بشرها وآثامها . وقد خبرت أحكامها

بنفسي فلا حق إلا للأجنبي ومصالحه دائمًا مرعية ولو بغير حق .

أما شرط استرداد [1] البائع للمبيع من المشتري في مدة كذا متى دفع الثمن فهو شرط باطل مناف لمقتضى عقد البيع وهو جواز التصرف في المبيع كما يشاء المشترى ، فإن وقع الشرط في صلب العقد فسخ البيع لفساده فإن تطوع المشتري بذلك بعد العقد جاز ، وليس له حينئذ التصرف بإخراج المبيع لغير البائع ، وللبائع رفعه للحاكم ، فإن منعه الحاكم وتصرف فللبائع رد تصرفه مطلقًا وإن لم يمنعه الحاكم وتصرف نفذ [2] .

بند [325] الملكية المشتركة

القانون الفرنسي : الملكية المشتركة أو عدم القسمة هي حالة شيء يملكه عدة أشخاص لكل شخص جزء محدد فيه كربع منزل أو نصف وربع مثلًا ، ومنبع الملكية المشتركة هو الميراث متى تعدد الورثة [3] .

محظورات عدم القسمة : الملكية المشتركة توجد حالة شاذة وغير مقبولة لأنه إذا خالف أحد الملاك ولو كان أقل جزء فإن العمل يوقف بتاتًا فيجب أخذ قبول من جميع المستحقين بالإدارة ، ولذلك وجبت قسمة الشيء المشترك ، فيجوز لأي شريك طلبها عملًا بالقاعدة العامة (لايجوز بقاء شيء غير منقسم) متى طلب أحد الملاك . ومع ذلك يمكن الاتفاق على بقاء الملكية المشتركة لمدة خمس سنين فأقل ويجوز تجديد هذه المدة .

---

(1) هذا هو بيع الوفاء الذي جاء تعريفه في المادة 465 من مرشد الحيران ، ونصها : « بيع الوفاء هو أن يبيع شيئًا بكذا ، أو بدين عليه بشرط أن البائع متى رد الثمن إلى المشتري أو أداه الدين الذي هو عليه يرد له العين المبيعة وفاء » . أما حكم هذا البيع فقد اختلف فيه فقهاء المذهب الحنفي . واختار صاحب مرشد الحيران في المادة 549 أنه لا يجوز للمشتري وفاء أن ينتفع بالمبيع إلا بإذن البائع ، ويضمن ما أكله بغير إذنه . وليس للبائع أو المشتري أن يبيع العين المبيعة وفاء لشخص آخر طبقًا لما جاء في المادة 550 من المرشد .

أما المادة 465 مدني مصري فقد جاءت بالنص على بطلان هذا النوع من البيوع ، ونصها : « إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا » ومقتضى ذلك أن المشتري إذا شرط رد المبيع للبائع بعد انعقاد البيع كان الشرط صحيحًا ، ووجب على المشتري رد المبيع للبائع متى قدر على الوفاء بالثمن .

(2) يقول ابن رشد : أما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام : شروط تبطل هي والبيع معًا ، وشروط تجوز هي والبيع معًا ، وشروط تبطل ويثبت البيع ، وقد يظن أن عنده قسما رابعًا وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع وإن تركه جاز البيع . بداية المجتهد جـ 2 ص 243 .

(3) انظر : البنود من 815 إلى 842 ، في الفصل الأول من الباب السادس ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 181 : 188 .

ملكية اليد المشاعة :

وهو نظام ملكية خاص موجود بألمانيا في الشركات المدنية وبين الزوجين ، وهو شكل ملكية مشتركة وهي حالة بين الشخص المعنوي وحالة عدم القسمة ، فهو يشبه الشخصية المعنوية ، ويخالف حالة عدم القسمة فيما يأتي :

أولًا : الأملاك الخاضعة لهذا النظام توجد ملكية خاصة مجعولة لقصد اجتماعي ، فهم منفصلون تمامًا من الأملاك الخاصة بكل عضو شخصيًّا .

ثانيًا : هذه الأملاك تكون ضمانًا لديون الدائنين الاجتماعية ، ولا حق لمداين أي شريك في الحجز على هذه الأملاك نظير دينه الخاص بهذا الشريك .

ثالثًا : هذه الأملاك لا يمكن بيعها ولا رهنها كلًّا أو بعضًا من أي شريك يعمل لمصلحته الخاصة . وهي تشبه حالة عدم القسمة . وتختلف عن الشخصية المعنوية في أن هذه الملكية لشركاء يبقون مستحقين للملكية الخاضعة لهذا النظام ؛ فشخصيتهم لا تكون معوضة بكائن مجرد عن المادة كالشخص المعنوي . وينتج عن هذا أن أهلية الشركاء تؤثر على صحة أعمالهم الاجتماعية كأن يوجد بينهم قاصر . وعلى هذا فلا يطبق مضمون المادة 619 على أحد الشركاء الذين لهم حق الانتفاع مثل الشخص المعنوي .

وبعد بحث هذا النظام الجديد أخذ به بعض المتشرعين في نظام أملاك الزوجين ، وبعضهم طبق عليه أحوال الشركات التجارية في الأرباح .

بند [326] الملكية المشتركة

التشريع الإسلامي : قد يكون مالك الشيء واحدًا فيتصرف كما يشاء . وقد يكون المالك متعددًا فكل مالك له حق التصرف فيما يملك . غير أنه قد يكون الشيء المملوك لملاك غير قابل للقسمة أو قابلًا لها ؛ فإن كان قابلًا للقسمة ، وطلبه أحد الشركاء أجابه الباقون فيقتسمون بأحد أنواع القسمة مهايأة أو قرعة أو مراضاة فإن اتفقا فبها ، وإلا أجريت القسمة جبرًا على من أباها . وإن كانت الملكية غير قابلة للقسمة [1] كشركاء في ياقوتة أو رحى وجب بيعها ، فإن اتفق الشركاء على بقاء ملكية مالا ينقسم جاز

---

(1) يتفق ذلك مع المادة 288 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : يكون الالتزام غير قابل للانقسام : أ – إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم . ب – إذا تبين من الغرض الذي رمى =

ذلك من غير تحديد مدة ، وسيأتي ذلك في باب القسمة ، ومنبع الملكية المشتركة هو منبع الملكية المطلقة كالشراء والميراث والهبة والوصية [1] .

وأما ملكية اليد المشاعة فهي نوع من أنواع الشركات الفاسدة لأنها :

أولًا : تفصل أملاك الشخص إلى نوعين نوع في الشركة لا يحجز عليه ولا يباع لدائنيه وليس لمالكه أن يتصرف فيه لا ببيع ولا رهن ولا هبة وهذا ينافي حق الملكية من ناحية وينافي أن المدين ضامن دينه بكل ما يملك من مال أو ما يقوم بمال [2] .

ثانيًا : لا يجوز لأي شريك رهن ولا هبة ما يملك في الشركة ولا يحجز عليه فيها ، ومعناه أن ماله أصبح بعيدًا عن تصرفه وفي حرز من دائنيه وهو نظام مخالف لقواعد المسئولية المدنية .

أما أن أهلية الشركاء تؤثر على صحة أعمالهم الاجتماعية فهذا صحيح لأن الشركة لا تقع إلا من أهل التصرف الحر البالغ الرشيد الذي يصح منه التوكيل والتوكل ، وعلى هذا يخرج عديمو الأهلية كالقاصر والمجنون والسفيه عن أن يكونوا شركاء أو يكوِّنوا شركة .

بند [327] تحديد حق الملكية

القانون الفرنسي : حق الملكية مطلق قبل كل العالم لا يعارضه أحد ولا ينقص منه شيء ، غير أن نظم الهيئة الاجتماعية اقتضت تحديده في بعض الأحوال وذلك :

= إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه مقسما ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك .

وتطابق المادة 336 من التقنين العراقي . وتطابق المادة 361 من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادة 441 من التقنين الأردني التي تنص على أنه : « لا يقبل التصرف بالتجزئة إذا ورد على محل تأباه طبيعته ، أو تبين من قصد المتعاقدين عدم جوازها » والتصرف بالتجزئة هو ما يقابل المصطلح الفقهي تفرق الصفقة .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة .

(1) القسمة لها ثلاثة أقسام : قسمة منافع وهي المهايأة وتراض وقرعة : الشرح الكبير 498/3 .

(2) لا يفسد الشركة انفراد أحدهما أو كل منهما بشيء من المال ، غير مال الشركة ، يعمل فيه لنفسه إذا تساويا في عمل الشركة ، ولأحد المتفاوضين أن يتبرع بشيء من مال الشركة إذ استألف به للتجارة وهذا وما بعده يجرى في شركة العنان أيضًا . ولأحدهما أن يعير شيئا من الأدوات الخاصة بالشركة . وأن يتصدق لفقير ، ولأحدهما أن يدفع مالًا من الشركة لمن يشتري به بضاعة من بلد كذا ويقارض ... ويودع مال الشركة لعذر يقتضي الإيداع ، وإن لم يكن له الإيداع وأودع الغير ضمن . الشرح الكبير 351/3 ، 352 .

أولًا : أحوال الملكية فيها غير قابلة للانتقال .

الأحوال الأساسية المنصوص عليها قانونًا هي :

أولًا : العقارات الأميرية العامة المملوكة للحكومة أو للمديرية أو للمركز غير قابلة للتمليك .

ثانيًا : مهر الزوجة العقاري غير قابل للتمليك ببيع من الزوجة ، ولو مع إذن زوجها .

شرط عدم قابلية التمليك : هل يجوز لبائع العقار أو راهنه أو الموصى به أو واهبه أن يشترط عدم قابلية العقار للتمليك فيعارض حق الملكية المطلق في التصرف ؟ أجمعت المذاهب على بطلان هذا الشرط ، ثم فصل المتشرعون بين بيع وهبة ووصية مثلًا ، فقرروا أن شرط عدم قابلية التمليك ، المؤبدة باطلة قطعًا ، لمنافاتها لروح التشريع والقانون . وأما شرط عدم قابلية التمليك المؤقتة الجائزة فهو شرط صحيح ويعمل به ، كاشتراط ذلك في الهبة مثلًا لبلوغ الموهوب له سنًا تمكنه من الاحتياطات وبعد النظر ، كذلك هبة عقار ترتب عليه إيراد مدى الحياة فيجوز هذا الشرط للتمكن من الوفاء بما تعهد به المشتري .

أملاك العائلة غير القابلة للحجز في قانون 12 يوليو سنة 1909 : أباح هذا القانون لكل عائلة أن تضع لمصلحتها ملكًا لا تزيد قيمته عن ثمانية آلاف فرنك ، وذلك بعمل إشهاد أمام مسجل العقود المدنية في هيئة وصية ، وهي خاضعة للنشر عنها ، وبمضي هذه اللحظة أصبح هذا الملك غير قابل للحجز في دين طارئ ، وهذا القانون وضع لحفظ العائلات من التدهور وليكون ملجأ قانونيًا يمنع عوادي الدهر وهو منقول عن القوانين الأمريكية [1] .

بند [328] التشريع الإسلامي

حق الملكية حق مقدس محترم قِبَلَ جميع الناس ؛ فمن ملك شيئًا فله حق التصرف فيه والانتفاع به تصرفًا مطَلقًا ، بشرط أن لا يخل بشيء من الأحكام الشرعية في ذلك التصرف [2] . فلا يعارض المالك في ذلك ولا ينقص من حقه

(1) انظر : البنود من 537 إلى 543 ، في الباب الثالث ، من الكتاب الأول ، ومن 544 إلى 546 ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 121 : 122 .

(2) قاعدة : من ملك شيئًا فله حق التصرف فيه والانتفاع به تصرفًا مطلقًا بشرط أن لا يخل بشيء من الأحكام الشرعية في ذلك التصرف

شيء [1] .

فإن تعارضت مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة قدمت مصلحة الجماعة وهي المصلحة العامة [2] ؛ فلا يجبر أحد على إخراج ملكه عنه ببيع أو هبة أو نحو ذلك إلا لسعة مسجد أو مقبرة أو طريق أو نحو ذلك من المصالح العامة مما يقتضي تقديم المصلحة العامة ، أو لحق تعلق بملكه كبيعه جبرًا لنفقة زوجة ، أو في مال المفلس . وللمحافظة على أملاك الدولة اقتضى التشريع الإسلامي أنها لا تتملك بوضع اليد المدة الطويلة ، ولكنها قابلة للتملك بدون فرق بين ملك الدولة العام والخاص ، فهذا تقسيم اعتباري والكل ملك بيت المال ، فمتى رأى القائم على بيت المال أن المصلحة في بيع بعض أملاك الدولة لفرد أو جماعة وكانت المصلحة محققة فيجوز شرعًا بيعها ، ويجوز تمليكها والتصرف فيها بجميع أنواع التصرفات الشرعية بلا فرق أيضًا بين أملاك الحكومة وأملاك المديرية أو المركز ؛ فكلها ملك للدولة كما

(1) يتفق ذلك مع المادة 805 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « لمالك الشيء وحده في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » . وقد نص الدستور الصادر في 11 سبتمبر 1972 في المادة 22 منه على ما يأتي : « الملكية الخاصة تتمثل في رأس المال غير المستغل وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي وفي إطار خطة التنمية ، دون انحراف واستغلال ولا يجوز أن تتعارض في طرق استخدامها مع الخير العام للشعب » . وتقابل المادة 1048 من التقنين العراقي ، والمادة 1018 من التقنين الأردني ، والمادة 810 من التقنين الكويتي .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة .

(2) يتفق ذلك مع المادة 808 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل » .

ويتفق كذلك مع المادة 1050 م التقنين العراقي . وهو ما قرره الفقه الإسلامي كذلك ؛ فقد نصت المادة 97 من المجلة على ما يأتي : « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي » ونصت المادة 1216 من المجلة على : « لذي الحاجة أن يأخذ ملك كائن من كان بالقيمة بأمر السلطان ويلحق بالطريق لكن لا يؤخذ من يده ما لم يتأد الثمن . كذلك نصت المادة 162 من مرشد الحيران على ما يأتي : « لا ينزع ملك أحد من يده بغير إذن شرعي » ونصت المادة 165 منه على ما يأتي : « إذا اقتضت المصلحة العامة أخذ ملك لتوسيع طريق العامة يؤخذ بقيمته ، لكن لا يؤخذ من يد صاحبه ما لم يؤد ثمنه مقدرا بمعرفة من يوثق بعدالته من أهل الخبرة » . مصدر هذا النص في حاشية أبي السعود منلا مسكين من الوقف في 519 وقد جاء بها أنه « إذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرضٌ لرجل تؤخذ بالقيمة كرها ، لأنه لما ضاق المسجد الحرام أخذ الصحابة أرضين ، وزادوا في المسجد . زيلعي : وهذا من الإكراه الجائز .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

سبق التنبيه إليه [1] .

ويجوز للزوجة أن تتصرف في مهرها بجميع أنواع التصرفات منقولًا أو عقارًا بدون إذن زوجها أو أحد آخر متى كانت عاقلة رشيدة غير محجور عليها ويحجز عليه ويباع في دينها بعد الزواج وكذا مؤخر مهرها يحجز عليه ويباع في دينها .

شرط عدم قابلية التمليك :

كل شرط كان منافيًا للعقد يبطل العقد [2] ؛ فعقد البيع عقد معاوضة يفيد الملكية للعين المباعة ، فمتى تم العقد فقد تم ملك العين ، ومتى تم ملك العين فقد ملك مالكها كل الحقوق عليها ، ومنها البيع للغير والتمليك بأي وجه ، فشرط عدم جواز التمليك في عقد البيع مبطل له .

وأما في التبرع بهبة أو صدقة بشرط عدم البيع أو الهبة إلا لمن يجيزها له الواهب فهو شرط صحيح . والهبة جائزة لأن الواهب متبرع فله أن يشترط ما يرى أنه محقق لمنفعة ما وهب للموهوب له فيعمل بالشرط [3] . وقيل : هذا الشرط لا يجوز ، وقيل تبقى الهبة والصدقة بيد الموهوب له أو المتصدق عليه كالوقف لا يبيع ولا يهب حتى يموت .

فإن اشتملت الهبة أو الصدقة على شرط يتنافى مع حق الانتفاع المراد من الشيء الموهوب بطلت الهبة . وإن كان الشرط معصية بطلت أيضًا . وإن كان الشرط لا يتنافى مع حق الانتفاع ، ولكنه نظمه أو حدده أو جعله لأفراد معدودين أو جعله بعد مدة الهبة ميراثًا لورثته ، صح ذلك .

---

(1) يقول ابن رشد : الشروط عند مالك ثلاثة :

1 - شروط تبطل هي والبيع معًا .   2 - شروط تجوز هي والبيع معًا .

3 - وشروط تبطل ويثبت البيع إلخ .

راجع تفصيل ذلك في بداية المجتهد جـ 2 ص 243 .

(2) قاعدة : الشرط إن كان منافيًا للعقد يبطل العقد .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 459 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين » .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

وأما البيع والشرط فيه على الإنفاق على البائع مدى الحياة فهو باطل ، لأن الثمن غير معلوم وفيه غرر كبير فضلًا عن أن اشتراط عدم بيع العين المباعة والمرتب عليها شرط الإنفاق مدى الحياة منافٍ لعقد البيع من حرية التصرف في الملكية .

وأما أملاك العائلة غير القابلة للحجز فهذه بدعة التشريع الحديث ، وهو مخالف لروح الثقة في التعامل ، ومشجع على أكل أموال الناس بالباطل ، فكيف تأخذ مني عائلةٌ بعض أموالي التي أتجربها لتقيم بها أودَهَا ثم تنام على حقي ؟! فإذا ما اتخذت الطريق الإجباري للوصول إلى حقي صدمني القانون الذي يحمي هذه العائلة ، فلا أجد مفرًّا من ضياع أموالي هَدْرًا باسم القانون . هذا إذا لم أكن على علم بالإشهاد بهذه الأملاك العائلية غير القابلة للحجز . فإن علمت امتنعت طبعًا عن معاملة هذه العائلة لأنها تكون كالأجرب ينفر منه الناس .

فهذا التشريع مشجع على عدم الوفاء بالديون ، ضارٌّ بنفس من وُضِع القانون لحمايته . ولكن انظر التشريع الإسلامي فقد تشدد كل التشدد في الوفاء بالالتزامات أيًّا كانت ، ما دامت شرعية جائزة حتى لم يستثن شيئًا من مال المدين إطلاقًا يبقى له ، إلا قوته ، والنفقة الواجبة عليه لزوجته ووالدين فقيرين وولد كذلك ، إلى ظن يسر المدين عادة ، وإلا كسوتهم المعتادة التي تقي الحر والبرد وتجوز بها الصلاة . فإن كان المدين متهمًا بإخفاء ماله حبس حتى يظهر أمره ، فإن ظهر يساره دفع ديونه وخُلِّي سبيله ، وإن كان معسرًا فَنَظِرة إلى ميسرة بشرط ثبوت ذلك ببينة [1] .

هذا هو حكم التشريع الإسلامي الذي يوجد الطمأنينة في المعاملة والثقة بين الناس ، لأن وراء الدائن من يحميه ، وهو تشدد المشرع في الوفاء ووراء المدين ما يدفعه لما يعلمه من عقاب ، وعدم تساهل في إبراء الذمة .

وإذا كان التشريع الوضعي أراد حماية العائلة على حساب حقوق الآخرين ،

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية .
والمادة 297 من التقنين العراقي ، والمادة 403 من التقنين الأردني ، والمادة 334 من التقنين الكويتي .
ويستند هذا النص إلى ما جاء في الآية الكريمة ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 279/3 .
انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

وهم الدائنون فإن للدائنين الحجز على الريع مثلًا كالحجر على ريع الوقف لمديونية المستحق فيبقى فقيرًا محرومًا ما عاش . وهذا جزاء تدبير البشر فلو أنهم اتبعوا التشريع السماوي لعرف الناس ما لهم وما عليهم في ثقة وطمأنينة .

بند [329] الملكية في القانون الروماني [1]

القانون الروماني : الملكية هي الصفة التي يمكن للشخص المالك بها أن ينتفع بما ملك كما يشاء . وللملكية ثلاث صفات :

أولًا : الملكية حق مطلق أي حق الاستعمال وحق أخذ المنفعة والإيراد وحق البيع والرهن والهبة وجميع أوجه التصرفات حتى التلاشي .

ثانيًا : الملكية حق مانع للغير أيا كان وخاص بالمالك .

ثالثًا : الملكية حق مؤبد غير محدود بزمن .

بند [330] تحديد الملكية في المناجم

القانون الفرنسي : المراد بالمنجم أو المناجم هي كمية من الجواهر معروفة تحتوي على ذهب أو فضة أو معدن أو أي نوع من أنواع المواد المحددة بالقانون أو بديكريتو بعد أخذ رأي قلم قضايا الحكومة [2] .

مضمون قانون 21 أبريل سنة 1810 : تضمن القانون أن محل المنجم مملوك لمن ملك الأرض الموجود بها عملًا بالقاعدة (ملكية وجه الأرض تتضمن ملكية ما تحتها وما فوقها) لكن للصالح العام ، ولحسن استغلال المناجم ، أعطى القانون إلى الحكومة الحق المطلق في التصرف في المناجم حسب ما تقتضيه المصلحة العامة .

فإذا أعطت الحكومة امتياز استغلال المنجم إلى غير مالك الأرض فلمالك الأرض الحق في مرتب سنوي يسمى (ضريبة ما في جوف الأرض) ، فينتج عن هذا وجود عقارين في ملكية واحدة :العقار المخصص للاستغلال المنجمي ، وعقار وجه الأرض .

---

(1) انظر : البابين الأول والثاني ، من الكتاب الثاني من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، ص 25 – 72 .

(2) انظر : البند 552 في الفصل الأول ، من الباب الثاني ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية ، من تعريب ، القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 124 .

ما تضمنه قانون 6 سبتمبر سنة 1919 : جدد هذا القانون زيادة عن القانون الأول ما يأتي :

أولًا : استغلال المنجم يكون مضمونًا بمعرفة الحكومة ، إما باستغلاله بنفسها أو تحت رقابتها مباشرة أو بالاشتراك ، ويجوز للحكومة التنازل للمديرية أو المركز أو لشركة تجارية أو لشخص خاص .

ثانيًا : الإذن باستغلال المنجم لا يكون أبديًّا بل يجب ألا يتعدى 99 سنة في منجم الفحم الحجري أو الخشب المتفحم و 50 إلى 19 سنة في باقي المناجم .

ثالثًا : امتياز استغلال المنجم لا يكون مجانًا بل يحتمل مشاركة الحكومة أو الأشخاص في جزء من الأرباح .

رابعًا : حق صاحب امتياز المنجم يبقى حقًّا عقاريًّا يمكن رهنه .

خامسًا : استغلال المنجم يعتبر عملًا تجاريًّا .

الضريبة الواجبة على صاحب امتياز المنجم :

صاحب امتياز المنجم عليه ثلاث ضرائب :

أولًا : بالنسبة لمالك وجه الأرض : ضريبة ما في جوف الأرض وهي سنوية تحدد في الامتياز وهي عادة 10 % من إيراد المنجم ، وهي حق عقاري ، وتكون تبعًا لملكية وجه الأرض ، وتتحمل الرهن الذي رهن به وجه الأرض .

ثانيًا : بالنسبة للحكومة يجب على صاحب امتياز المنجم دفع ضريبة ثابتة 20 سنتيما عن كل هكتار ، وضريبة نسبية سنوية على إنتاج المنجم حسب القانون المالي وهي 6 % منها + 1 % للمركز الذي يتبعه المنجم .

ثالثًا : بالنسبة للمكتشف يجب على صاحب الامتياز إلى صاحب المنجم تعويضٌ عن أعماله حتى عن نفس الاكتشاف وتعويضٌ عما تكبده من المصاريف .

الواجبات المفروضة على صاحب الامتياز :

ليتم الإنتاج على أكمل وجه فرض القانون على صاحب امتياز المنجم :

1 – عدم قسمة المنجم لتجنب النفقات الباهظة العامة الناتجة عن التجزئة .

2 – منع اجتماع أكثر من منجمٍ واحدٍ إلى منجم واحدٍ خوفًا من الاحتكار .

3 – عدم إيقاف استغلال المنجم أو حصر الاستغلال ، وإلا فعقابه الحرمان .

4 – واجب المساعدة في أشغال تجفيف المناجم في حالة فيضان ماء جوف الأرض المهدد لعدة امتيازات .

تحديد حق ملكية المنجم .

نقل ملكية المنجم بأي شكل أو نوع ، وكذا تأجير الامتياز المنجمي بإشهاد بين الأحياء لا يجوز مطلقًا إلا بإذن يصدر به ديكريتو بعد أخذ رأي قلم قضايا ، وكل عمل يخالف هذه القاعدة فهو لاغٍ ، ويجوز سحب الامتياز بديكريتو .

معادن ومحاجر :

الأرض التي تحتوي على مواد حديدية أو كبريتية أو ألومنيوم أو نفط يصح أن تكون في بعض الأحوال داخلة في حكم المناجم ، ولكن الغالب استغلالها بمعرفة ملاكها بتبليغ للمديرية أو بإذن من المدير ما دام الاستغلال على وجه الأرض .

وأما المحاجر التي يستخرج منها الإردواز وحجر المباني والرخام والجرانيت فتستغل بمالكيها وليست مطلقًا كالمناجم فقط تبلغ المديرية باستغلال صاحبها .

بند [331] تحديد ملكية المناجم

التشريع الإسلامي : مالك العقار يملك منفعته والانتفاع به من سطحه ومن جوفه كما يتراءى [1] له . غير أن ما يوجد بالأرض من المعادن من ذهب و فضة وحديد وقصدير إلخ مما يحتاج إليه الكافة فله أحكام خاصة لأن له خطره في حياة الأمة ، وما يوجد بالأرض من كنوز ونحوها من الدفائن كذلك له أحكام خاصة وذلك : أن للإمام التصرف في المعدن ولو وجد بملك شخص معين والمراد بالمعدن ما يستخرج من الأرض شيئًا فشيئًا حسب طبيعته وجودته ، وإنه وإن كان في أرض مملوكة لشخص معين إلا أن سد باب الهرج والفتنة وامتلاك زمام مصالح الدولة (يعني المصلحة العامة) يقضي وضعه تحت تصرف الحاكم يفعل ما يراه في استغلاله موافقًا

(1) يتفق ذلك مع المادة 806 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية .
وتتفق مع المادة 1049 من التقنين العراقي ، ومع المادة 1019 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية في المادة المذكورة .

للمصلحة . هذا إذا كان المعدن في أرض إسلامية مفتوحة .فإن كانت في ملك مصالَح على شروطه في المعادن لا تدخل في تصرف الإمام بل تبقى ملكًا لصاحبها . فإن أسلم هذا المصالَح رجع حق النظر فيها للإمام . وأما الكنوز وهو ما يوجد مدفونًا في الأرض دفعة واحدة - يعني ليس مختلطًا مع معدن الأرض - فإن كان دفن مسلم أو ذمي فهي لقطة تعرف سنة ، ثم توضع في بيت المال . وإن كانت دفن جاهلي فهي رِكازٌ يخرج منه الخمس لبيت المال وباقيه لواجده [1] .

وما لفظه البحر إن تقدم له مالك فكالدفن المعصوم منه ، وهو ملك المسلم والذمي لقطة وغيره كالركاز ، وإلا كالعنبر وجوهر البحر فلواجده بلا تخميس ، والنباتات كالأعشاب التي تنبت بنفسها على سواحل البحار مباحة لعموم الناس . هذا مذهب مالك .

ومذهب أبي حنيفة أن ما وجد من معدن نقد (ذهب أو فضة) ونحو حديد ومن

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له خمسه لمن يعثر عليه ، والباقي لمالك الشيء الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته ، وإذا كان هذا الشيء موقوفا كان الباقي للواقف أو لورثته » .

وتفيد هذه المادة جعل خمس الكنز لمن يعثر عليه ، والباقي لمالك الشيء الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته ، وأنه إذا كان الشيء الذي وجد فيه الكنز موقوفًا كان الباقي للواقف أو لورثته . وقد يكون الكنز مخبوءا في منقول كما لو وضعت أوراق النقد بين صفحات كتاب أو أخفيت قطع من النقود أو أحجار ثمينة في درج سري من مكتب أو دولاب . والغالب أن الكنز إنما يوجد في عقار أما إذا كان الكنز مخبئًا في منقول فإن المالك الذي يستحق في الكنز يكون هو مالك هذا المنقول ، إذا لم يكن هو مالك العقار الذي يوجد فيه المنقول .

وتتفق مادة المشروع مع المادة 877 من التقنين الكويتي ، والمادة 1101 من التقنين العراقي ، والمادة 1078 من التقنين الأردني .

ويفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين نوعين من الكنز : الأول هو الكنز الجاهلي ، وهو ما وجد به علامة أو نقش يدلان على أنه دفن في الأرض قبل الإسلام .

والنوع الثاني : هو الكنز الإسلامي ، وهو ما يوجد به علامة أو نقش يدلان على أنه دفن في الأرض بعد ظهور الإسلام..

وعلى أساس هذه التفرقة في المذهب الحنفي جاءت المادة 149 من مرشد الحيران بالنص على ما يأتي : « من وجد في أرض من الأراضي المباحة كالجبال والمفاوز كنزا مدفونا وعليه علامة أو نقش عملة الجاهلية فله أربعة أخماسه وخمسه للحكومة . وإن كان عليه نقش من النقوش الإسلامية ، فهو لمالك الأرض التي وجد فيها إن ادعى ملكه وإلا فهو لقطة .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة .

كنز أي مال مدفون دفنه الكفار إذا وجده مسلم أو ذمي في أرض فهو على أربعة أقسام :

1 - أن تكون الأراضي مباحة فالخمس فيها لبيت المال والباقي للواجد .

2 - أن تكون الأرض مملوكة لمعينين ففيها الخمس لبيت المال والباقي للمالك .

3 - أن تكون الأرض موقوفة خراجية أو عُشرية ، فالخمسُ فيها لبيت المال والباقي للواجد لعدم المالك .

4 - أن تكون الأرض مملوكة لغير معينين كأرض مصر غير الموقوفة فإنها وإن كانت خراجية الأصل إلا أنها آلت إلى بيت المال ، لموت المالكين من غير وارث ؛ فالأرض المصرية مملوكة لجميع المسلمين ، تصرف في مصارفهم المعلومة ، فالكل يوضع في بيت المال .

وإن وجد المعدن مسلم أو ذمي في داره أو حانوته فالكل للواجد . وأما المال المدفون فإن وجده في داره أو حانوته ففيه الخمس والباقي للواجد .

فعن مذهب الإمام مالك أخذ القانون الفرنسي حيث جعل التصرف فيه للإمام يتصرف فيه كما يرى .

وأما ما ذكرته القوانين الوضعية من مضمون قانون 21 أبريل سنة 1810 وقانون 6 سبتمبر سنة 1919 . ومن وجوب الضريبة على صاحب الامتياز ومن الواجبات المفروضة عليه ومن تحديد حق ملكية المنجم فكلها لا تخرج عن تنظيم حق ملكية الصالح العام للمناجم ، وهو ما نص عليه التشريع الإسلامي ، ولا مانع من تنظيم طريقة الاستغلال على أي وجه يرى الحاكم فيها المصلحة .

وأما المعادن التي لا قيمة لها إلا إذا تحوّلت بفعل فاعل كالحجر يصير جيرًا بعد حرقه أو كالجبس بعد طحنه فليس مباحًا للجميع ، بل يجب إذن الإمام فيه كما يرى أيضًا [1] نظير الاستغلال . وكذا قطع الحجر للبناء فلا بد من الترخيص لأنها ملك للدولة حيث لا مالك لها .

---

(1) يقول ابن عبد البر : إذا بلغ ما يخرج من المعدن من الذهب عشرين مثقالًا ، أو من الورق مائتي درهم أخذ منه الزكاة مكانه ، ولم يستأنف به حول وذلك ربع عشر كل واحد منهما . ولا يمنع الدين زكاة المعادن ، ولا يسقطها ، ولا يضم ما انقطع من المعدن من نيله وعروقه ولم يتصل إلى ما خرج بعد ... هذا كله فيما استخرج من المعادن بالكلفة والعمل والمشقة . وأما المأخوذة بغير مشقة ، فهي ركاز ، وحكمها حكم الركاز ، فيها الخمس... راجع التفصيل في : الكافي ص 95 وما بعدها ، وبداية المجتهد جـ 1 ص 300 وما بعدها .

نتيجة المقارنات من بند 300 إلى نهاية بند 331

يتفق التشريعان فيما يأتي :

الأملاك – معلومات أولية – ترتيب الحقوق المكونة لمالية الشخص – الحقوق العينية المحددة في القانون – ترتيب الأملاك – عقار ومنقول – العقار وأنواعه – عقار بالتخصيص المنقول بالطبيعة – منقول بتحديد القانون – العلاقة بين الملك والمالك – أملاك الدولة – الملكية نفسها – الملكية القابلة للإلغاء (في الجملة) – الملكية المشتركة – تحديد حق الملكية – شرط عدم قابلية التمليك – تحديد ملكية المناجم

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

الإيراد – ملكية اليد المشاعة – أملاك العائلة غير القابلة للحجز .

بند [332] نزع الملكية للمنفعة العامة

القانون الفرنسي : قاعدة أساسية حق الملكية حَرَمٌ لا ينتهك كالشخص والمسكن . وهي معلنة في حقوق الإنسان ومسجلة في غالب القوانين الفرنسية الأساسية . ومع ذلك فالقوانين قد خالفت هذه القاعدة لمعنى عام وهو أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة فشرعوا نزع ملكية الفرد لمصلحة الجماعة ، وهو الحق الإداري لنزع شيء متعلق بشخص خاص وتملكه متى اقتضته المنفعة العامة مقابل دفع تعويض [1] .

الضمانات الموضوعة لصالح الملكية المنزوعة : وضع القانون الضمانات الآتية :

1 – نزع الملكية لا يجوز إلا إذا تحققت فيه المصلحة العامة بشكل لا يدع مجالًا للشك ويكون بديكريتو أو بقانون تبعًا لأهمية العمل المطلوب نفاذه .

2 – المحاكم القضائية هي الحارس لحقوق الملكية ، فهي التي تملك فقط الحكم بنزع الملكية إذا لم يكن الاتفاق قد تم وديًا مع المالك ، ومن الجهة المراد نزع الملكية لعملها .

3 – كل ضمان لحقوق المالك يكون مؤكدًا من تحديد الثمن ودفعه للمالك ، وتحديد الثمن يكون بمعرفة محلفين وطنيين لا علاقة لهم بالطرفين .

4 – دفع التعويض يجب أن يكون قبل وضع اليد على العقار من الإدارة .

بند [333] التشريع الإسلامي

أصول التشريع الإسلامي مبنية على احترام الشخص ويدخل فيه ذاته وعرضه ومسكنه ، وعلى احترام ماله ويدخل فيه جميع ما ملك ، فالذات والعرض والمسكن والملك حرام على الناس أيًا كانوا ، والتعدي عليهم إلا بحق الشرع المقرر ؛ فإن سرق مثلًا تقطع يده ، وإن قتل يقتل . وإن سب غيره أو سبه غيره أقيم عليه الحد . وإن أخذ منه ماله فإن كان الأخذ خلسة فهي سرقة يحاكم فاعلها ويعاقب . وإن كان الأخذ بالقوة فهو اغتصاب ؛ فيرد المال لصاحبه ، ويعاقب المغتصب . فهذه حقوق مقررة للإنسان في التشريع الإسلامي منذ وجوده ببعثة الرسول صلى اللّه عليه وعلى آله وسلم .

وأما تقرير القاعدة (حق الملكية حرم لا ينتهك إلخ) [2] فهذه ليست وليدة

---

(1) انظر : بند 544 و 545 ، في الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 122 .

(2) قاعدة : حق الملكية حرم لا ينتهك .

الثورة الفرنسية كما يزعمون ، وإنما هي وليدة التشريع الإسلامي الذي عاش في أسبانيا وفرنسا 700 سنة وقرر حقوق الإنسان منذ وجوده .

غير أنه إذا تعارضت مصلحتان : مصلحة عامة ومصلحة خاصة قدمت المصلحة العامة فيؤخذ ملك الفرد – وإن كان حرما محترمًا – لمنفعة الجماعة [1] . وهذه قاعدة من أصول التشريع الإسلامي ؛ فلا يجبر أحد على إخراج ملكه عنه ببيع أو هبة أو أي تصرف ، إلا لسعة مسجد أو مقبرة أو طريق أو شق مجرى ماء ، أو نحو ذلك من المصالح العامة مع وجوب دفع تعويض عن ملكه من بيت المال [2] .

وأما نظم نزع الملكية فمتروك أمرها للحاكم ، ولا مانع شرعًا في اتباع الطريق المذكور في القانون الوضعي ؛ فهو أقرب لتحقيق العدالة ما دام الأصل مشروعًا ، وهو نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة [3] .

بند [334] تثبيت حق الملكية

تثبيت حق الملكية هو دعوى حق الاسترداد

القانون الفرنسي : دعوى الاسترداد هي أن شخصًا يدعي ملكية شيء يريد

---

(1) قاعدة : إذا تعارضت مصلحتان : مصلحة عامة ومصلحة خاصة قدمت المصلحة العامة ؛ فيؤخذ ملك الفرد وإن كان حرمًا محترمًا لمنفعة الجماعة .

(2) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 808 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون ، وبالطريقة التي يرسمها ، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل » .
وهي تتفق مع المادة 1050 من التقنين العراقي ، فيما عدا أن هذا التقنين يقضي بأن يدفع التعويض مقدمًا .
ويتفق الحكم بذلك مع ما يقرره الفقه الإسلامي ؛ فقد نصت المادة 97 من المجلة على ما يأتي : « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي » . ونصت المادة 1216 من المجلة على أن : « لذي الحاجة أن يأخذ ملك كائن من كان بالقيمة بأمر السلطان ويلحق بالطريق لكن لا يؤخذ من يده ما لم يتأد الثمن » .
كذلك نصت المادة 162 من مرشد الحيران على ما يأتي : « لا ينزع ملك أحد من يده بغير إذن شرعي » ونصت المادة 165 منه على ما يأتي : « إذا اقتضت المصلحة العامة أخذ ملك لتوسيع طريق العامة يؤخذ بقيمته ، لكن لا يؤخذ من يد صاحبه ما لم يؤدَّ ثمنه ، مقدرا بمعرفة من يوثق بعدالته من أهل الخبرة » . وقد أشير في الهامش إلى أن مصدر النص هو حاشية أبي السعود ص 519 ، وقد جاء بها أنه « إذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ بالقيمة كرها لأنه لما ضاق المسجد الحرام ؟ أخذ الصحابة أرضين وزادوا في المسجد . زيلعي وهذا من الاكراه الجائز . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

(3) يقول الشاطبي : إن ما هو حق للعبد إنما ثبت كونه حقًّا له بإثبات الشرع ذلك له ، لا بكونه مستحقًّا لذلك بحكم الأصل . الموافقات جـ 2 ص 238 وراجع تنوير الحوالك شرح الموطأ جـ 2 باب القضاء في المرفق وما بعدها .

الاعتراف بحقه المنكر أو المغتصب أمام القضاء ووضع يده على هذا الشيء ضد شخص منكر أو مغتصب . والاسترداد في العقار يمكن دائمًا ما دامت لم تمض مدته ، وأما في المنقول فممنوع أصالة عملا بالقاعدة (وضع اليد في المنقول يعادل حجة الملك) [1] .

دعوى الاسترداد مثل كل الدعاوى : مدع وهو غير واضع اليد ، ومدعى عليه وهو واضع اليد . وعلى المدعي إثبات أن هذا العقار المدَّعَي ملكيته مملوك له ، فيقدم الأدلة المثبتة لذلك ، وعلى المدعى عليه تفنيد أدلة المدعي فقط وليس عليه إثبات أنه المالك الحقيقي ، فإذا أثبت المدعي بأدلة صحيحة حُكِم له ، وإلا رفضت الدعوى ، وبقي المدعى عليه على حالته واضعًا يده .

دليل الملكية :

الدليل العادي لإثبات الملكية العقارية هو نقل التكليف ، أو سقوط الحق بمضي المدة ؛ فإذا أثبت المدعي أو من تلقى عنه الملك بأدلة الملكية في وقت يكفي لسقوط حق الغير بمضي المدة فهو المالك الحقيقي أمام كل العالم . وقد رأى المشرعون ما يأتي :

أولًا : المدعي قدم حجة الملكية والمدعى عليه لم يقدم شيئًا ، فيجب القضاء للمدعي متى ثبت أن حجة ملكيته أو من تلقى عنه الملك كانت سابقة على وضع يد المدعى عليه .

ثانيًا : المدعي والمدعى عليه قدما حجة ملكية كل منهما ؛ فإذا صدرت الحجتان عن مالك واحد فيقدم المسجل منهما ثم أسبقهما تاريخًا . فإن صدرت الحجتان عن شخصين مختلفين فترفض دعوى المدعي ، إلا إذا أثبت أن من تلقى عنه الملك هو المالك الحقيقي ، لا من تلقى عنه المدعى عليه .

ثالثًا : المدعي لم يقدم حجة للملكية ، بل اعتمد على وضع يده السابق أو على علامات أو قرائن الأحوال ، فيجب رفض دعواه متى أثبت المدعى عليه أن وضع يده ثابت طبق الشروط القانونية ، وإلا فللقاضي بحثُ ما استند عليه المدعي وتقديره ، فإن رأى أن الظروف تدل لصالحه حكم له وإلا رفض الدعوى .

بند [335] تثبيت حق الملكية

التشريع الإسلامي : الملكية حق ثابت للمالك على العين المملوكة تتبع العين

---

(1) انظر : بند 550 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني من والمقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 .

المملوكة حيث وجدت مالم يحصل ما يفوت حق الملكية المذكورة ويستوى في ذلك العقار والمنقول بقسميه المثلي والمقوم . فإن اعترض هذه الملكية اغتصاب أو سرقة أو نحو ذلك وجب تدخل الهيئة الحاكمة لرد الملكية لصاحبها ، بتمكينه من الاستحواذ عليها واستغلالها ، متى كان ذلك ممكنًا . وإن خرجت عن صفتها التي كانت مملوكة بها فيجب القضاء لربها بمثلها إن كانت مثلية ، مما يكال أو يوزن أو يُعَدُّ . وإن كانت مقومة كشاة مثلًا قُضِي بقيمتها يوم الغصب . ودعوى الاسترداد في القانون الوضعي هي دعوى الاستحقاق في التشريع الإسلامي .

فدعوى الاستحقاق هي طلب رفع ملكية شيء بثبوت ملكية أخرى سابقة على الملكية الحاضرة . فسبب الاستحقاق قيام البينة الشرعية على عين الشيء المستحق ، أنه ملك للمدعي لا يعلمون خروجه ولا خروج شيء منه عن ملكه إلى الآن . فدعوى الاستحقاق ترفع من مدعي الملكية ضد واضع اليد المنكر للحق أو المغتصب .

والاسترداد أو الاستحقاق ممكن دائمًا في العقار وفي المنقول مقومًا أو مثليًا مادام باقيًا على حالته وعينه التي كانت مملوكة لربها قبل الغصب أو السرقة أو الضياع مثلًا .

وأما القاعدة (وضع اليد في المنقول يعادل حجة الملك) فلا تمنع الاستحقاق . لأن معناها أن المدعي هو الذي يقدم دليل الملكية . ويد المدعى عليه تعادل حجة الملكية بشرط ألا تعارض بما هو أقوى منها لإثبات الملكية . على أن التشريع الوضعي بعد وضع هذه القاعدة وجد أن العدالة تقضي بسماع دعوى الاسترداد في المسروق مثلًا ، فاستثناه ، ثم في غيره كما يأتي حتى قال بعض الفقهاء : إن الاستثناء أضاع القاعدة لأنه أكثر من الأصل لهذا أباح التشريع الإسلامي الاستحقاق أو الاسترداد في العقار والمنقول بشروط ستأتي .

فدعوى الاستحقاق ككل الدعاوى تعتمد على مدع وهو غير واضع اليد ، ومدعى عليه وهو واضع اليد ، ومدعى به وهو ملكية الشيء المتنازع على ملكيته عقارًا أو منقولًا . فإن أثبت المدعي ملكيته لهذا الشيء قضي له به فينزع من يد واضع اليد ، ويسلم لمن استحقه وإن لم يثبت تُرِك الشيء على حاله تحت يد صاحب اليد .

دليل الملكية :

الملكية تستند إلى دليل تحريري أو شهادة شهود عدول أو ميراث أو هبة من

أسباب الملكية الشرعية الصحيحة ، فإذا أثبت المدعي أو من تلقى عنه الملك بأدلة صحيحة حالة قيام الشيء المتنازع فيه على حالته وصفته اعتبر أنه الحقيقي أمام كل العالم ويرد إليه نفس الشيء المدعى ملكيته [1] .

فإن أثبت ملكيته للشيء المتنازع فيه ، ولكنه تغير عن حقيقته يوم الغصب ، كأن ادعى استحقاقه لقمح فطحنه المدعى عليه أو بذره في أرضه للزراعة مثلًا ، أو بيض أَفْرَخ أو ذهب صاغه حليا يُقْضَى للمدعي على المدعى عليه بمثله . لأن الذهب يوزن والقمح يكال ، والبيض يعد ، فهو من المثليات ، والمثلي يفوت على مالكه وليس له أخذه بعينه متى فات بتغير في ذاته ، فيضمن المدعى عليه مثله .

وإن ادعى استحقاقه لحيوان مثلًا ثم أثبت ملكيته له ، ولكن المدَّعَى عليه ذبحه ضمن المدعى عليه القيمة . والمدعي مخير إما أن يأخذ الحيوان المذبوح أو يأخذ قيمته حيًّا يوم الغصب . لأن الحيوان مقوم ، وفوت المقوم بتغير ذاته أو فنائه أو نقله إلخ .

وأما ما رآه المتشرعون في الأدلة المقدمة في الثلاث حالات فمرجعه في التشريع الإسلامي ترجيح الأدلة ، وذلك :

1 - تترجَّح بينة مَنْ بَيَّنَتْ سبب الملك على البينة التي أطلقت ؛ فيقضى بالشيء المتنازع فيه لمن بينت بينته سبب الملك .

2 - ترجَّح البينة التي أرخت على البينة التي لم تؤرخ ؛ فيقضى لمن أرخت بينته ، ويقضى لمن تقدم تاريخها ، ولو كانت أقل عدالة ممن زادت عدالتها (في الأموال) .

3 - ترجَّح بينة واضع اليد من المتداعيين على العقار أو العروض متى تساوت بينة المتداعيين فالحوز من المرجحات عند التساوي [2] (وهو وضع اليد) .

4 - ترجَّح بينة الملك على بينة الحوز [3] (وضع اليد) فمن شهدت له بالملك قُدِّمت

---

(1) يتفق ذلك مع المادة 924 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين ، وكانت قائمة حالًا ، كان ذلك قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقم الدليل على العكس » .
وهي تتفق مع المادة 2/1184 من التقنين الأردني ، ومع المادة 912 من التقنين الكويتي ، والمادة 1159 من التقنين العراقي .
وإنما يقوم حكم القرينة المشار إليها في هذه النصوص على أساس الغالب المألوف في الواقع العملي ، ومن ثم فإنه لا يناقض قواعد الفقه الإسلامي في إثبات الحيازة . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

(2) قاعدة : الحوز من المرجحات عند التساوي .

(3) قاعدة : ترجح بينة الملك على بينة الحوز .

على من شهدت بالحوز ولو تقدم تاريخ الحوز على تاريخ الملك ، بشرط أن لا تمضي مدة الحيازة التي ثبت بها الملك ، وبشرط أن لا تشهد بينة السماع بنقل الملك من كأب القائم ، وإلا نزع الشيء المتنازع فيه ، وسلم لمن شهدت له بالملك بينة البت كما سيأتي .

5 - جاز للشهود العدول الشهادة لواضع اليد على عقار أو غيره بسماع فشا بين الناس كلم نزل نسمع من الثقاة وغيرهم أن هذا الشيء الذي في حوزته له ، ولا يشترط سماعهم بالتصرف فيه تصرف الملاك ولا طول الحيازة [1] .

فإن كانت دعوى المدعي على الحائز مجردة عن الدليل فالحوز (وضع اليد) كاف في دفعها بلا احتياج لبينة سماع . وكذا إن كان مع دعوى المدعي بينة سماع بوضع اليد . لأنه لا ينتزع ببينة السماع . الشيء المتنازع عليه من يد حائزه .

ويشترط في بينة السماع عدم الريبة ، وإلا لا تسمع .

وإن لم يكن الترجيح بأي وجه ، وكان الشيء المتنازع فيه بيد غيرهما ، رفض ادعاؤهما ، وبقي الشيء لواضع اليد إلا إذا أقر به لأحدهما .

بند [336] نتائج دعوى الاسترداد

القانون الفرنسي : متى انتصر المدعي في دعواه الاسترداد تحكم المحكمة على المدعى عليه برد العقار موضوع النزاع ، ثم تبحث المحكمة موضوع الثمار التي استولى عليها واضع اليد المدعى عليه ، ويجوز الحكم عليه بالتعويض الكافي عن كل ما أحدثه في العقار . ثم تنظر فيما أنفقه واضع اليد على العقار مما كان ضروريًا أم لا فيدفعه المدعي حسب ما استفاد به العقار ، وما أنفقه للتنعم فلا يقضى به . وله أخذ الزينات التي أوجدها بشرط أن لا يوجد نزعها تلفًا في العقار أو تشويها [2] .

---

(1) ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لو باع الغاصب ما غصب ، ووجده ربه بيد المبتاع بحاله لم يدخله تغيير ، لم يكن له أخذ قيمته من الغاصب ، وإنما له أن يأخذه بعينه ويرجع المبتاع على الغاصب بثمنه ، وإما أن يجيز بيع الغاصب ويأخذ منه الثمن .... راجع : الكافي باب استحقاق الغصوب بيد من لم يغصبه ص 433 وإرشاد السالك ص 100 الشرح الصغير جـ 4 ص 69 .

(2) انظر : بند 549 ، 550 في الباب الأول من الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 .

سقوط حق الاسترداد :

يسقط حق استرداد العقار متى سقط حق ملكيته ، إلا أن حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال . فالشريك لا يفقد حقه في ملكية العقار بعدم الاستعمال . ولكن يفقده بحلول مالك آخر مكانه فقط ، وهو ما يفهم منه أن سقوط حق الملكية في العقار لا يكون بالتلاشي وإنما يكون بالتمليك .

بند [337] نتائج دعوى الاستحقاق أو دعوى الاسترداد

التشريع الإسلامي : متى أقام المدعي دليله أو بينته وصحت أمام القضاء وجب الحكم للمدعي على المدعى عليه برد الشيء موضع النزاع إلى المدعي ، فينزع من المدعى عليه ويسلم للمدعي ، متى كان قائمًا بذاته ، لم يتغير عن وقت وضع يد المدعي . وذلك في العقار ظاهر ؛ لأن العقار لا يسرع إليه الفساد ولا يتغير ، أما في المثلي أو المقوم فإن فات لزم المدعى عليه المثل أو القيمة ، والفوت في المثلي والمقوم يكون بتغير ذاته أو فنائه أو نقله أو دخول صفة فيه . والأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر لا تفوت بتغير سوق كالمثلي ، فترد بعينها .

أما الغلة فينظر إلى سبب وضع اليد للمدعى عليه ؛ فإن كان غصبا ولم يفت الشيء المغصوب وحكم برده عينًا فالغلة للمدعي المحكوم له . لأن من غصب عقارًا وسكنه أو اكتراه أو زرعه فللمغصوب منه غلة هذا العقار . وما أنفقه الغاصب على العين المغصوبة يحتسب من الغلة ؛ فلو زادت النفقات عن الغلة فالزيادة هنا لا يلزم المغصوب منه بها .

ولو فات المغصوب وحكم برد القيمة أو المثل فلا يحكم برد الثمار (الغلة) لأنه لا يجمع بين قيمة المقوم أو مثل المثلي والغلة [1] . لأن الغلة تبع للعين المحكوم بها متى كانت باقية . وإن كان وضع اليد لغير سبب الغصب ؛ فإن كان مجهول الحال ، أو كان ذا شبهة فله الغلة إلى يوم الحكم . هذا إذا ردت العين موضع النزاع . فإن ضمن المدعى عليه المثل أو القيمة فلا نظر للغلة ؛ لأنه لا يجمع بين الغلة والمثل أو القيمة . (وستأتي بقية الأحكام في الغصب) .

---

(1) قاعدة : لا يُجمَع بين قيمة المقوم أو مثل المثلي والغلة .

ويسقط حق استرداد عين الشيء المتنازع فيه بأحد أمرين :

أولًا : بحصول مفوت في المثلي والمقوم بتغير ذاته أو فنائه أو نقله في المثلي ، ولو لم يكن فيه كلفة . وفي المقوم إذا احتاج لكبير حمل . وأما الأرض فترد بعينها ولا تفوت في الغصب .

ثانيًا : متى سقط حق الملكية بمضي المدة المقررة لسماع الدعوى والبينة .

وسقوط حق الملكية كما يكون في المنقول يكون في العقار بناقل شرعي أو بترك الشريك يتصرف كما يشاء ، بلا نكير منه في هدم أو بناء أو غرس أو قطع للشجر ، وكان هذا العمل كثيرًا في عشر سنين فلا تسمع دعوى المدعي ولا بينته . فإن كان قريبًا شريكًا أو غيره فما زاد على 40 سنة والأب وابنه فما زاد على 60 سنة . هذا في العقار . وأما في المنقول من عروض ودواب فالحيازة للقريب ما زاد على عشر سنين . ولا يكفي العشر مع الحضور والسكوت بلا مانع . والحيازة للأجنبي ما زاد على الثلاث سنين مع التصرف فيما حاز ، والآخر حاضر ساكت فلا كلام له بعد ذلك ولا تسمع له الدعوى ، سواء أكان شريكًا أم لا .

فإن فات الشيء المتنازع فيه بأي مفوت انتقل من استرداد العين إلى ضمان المثل أو القيمة [1] . فإن كان سببه الغصب فلا يسقط الضمان ولو طال الزمن . وإن كان لغير سبب الغصب يسقط المثل أو القيمة فيما زاد على الثلاث سنين مع الحضور والتمكن وإلا فمتى أمكنه ذلك .

ولا يكون سقوط حق الملكية إذًا في تصرف الشريك بالتلاشي ، وهو عند عدم الاستعمال . وإنما ذلك نشأ عن تصرف الشريك في الشيء المشترك مدة وهو حاضر ساكت بلا عذر ، فهذا دليل ملكية الشريك . (وضع اليد مع الاستعمال مدة) [2] .

---

(1) قاعدة : إن فات الشيء المتنازع عليه فيه بأي مفوت انتقل من استرداد العين إلى ضمان المثل أو القيمة .

(2) يقول ابن رشد : وأما إن كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يأخذه وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وسحنون ... راجع : بداية المجتهد جـ 2 ص 318 ، 319 وص 231 والشرح الصغير جـ 3 ص 239 ، ص 4 ص 69 .

بند [338] بحث وضع اليد

القانون الفرنسي : وضع اليد هو القوة الجسمانية التي تستعمل على شيء مع قصد التصرف كمالك حقيقي لهذا الشيء [1] .

الفرق بين الملكية ووضع اليد :

الملكية هي الحق الذي يملكه الشخص على شيء ، ووضع اليد هو القدرة الجسمانية التي تباشر على هذا الشيء . حقيقة ، في الغالب أن الملكية ووضع اليد دائمًا يكونان في يد واحدة . ولذا قالوا : إن وضع اليد علامة على الملكية ولكن قد يأتي أن مالك الشيء يفقده بالسرقة فهو مالك ، ولكن السارق هو واضع اليد فافترقا .

أشياء غير قابلة لوضع اليد : وهي حق الدائنية . ومع ذلك فإن الدين المحقق في الأسهم المالية لحاملها باعتبار أن الحق قد وجد في شيء مادي فيكون حينئذ قابلا لوضع اليد .

الأصلان المحققان لوضع اليد :

متى تحقق الشرطان الآتيان تحقق وضع اليد . وإن تخلف شرط منهما لا يوجد وضع اليد ، وإنما توجد حيازة أو وضع يد مؤقت وهما :

أولًا : قاعدة مادية طبيعية وهي القدرة على الشيء المملوك .

ثانيًا : قاعدة عقلية وهي الإرادة في التصرف كمالك حقيقي .

بند [339] التشريع الإسلامي

وضع اليد هو الصفة التي تعطى لشخص استعمل شيئًا وتصرف فيه كتصرف المالك الحقيقي وكان لا يعلم أنه لا يملك التصرف حقيقة شرعًا . فمن وضع يده على شيء وتصرف فيه ، وهو يعلم أن أصله مسروق ، فيجب عليه رده لصاحبه ولا يحل له شرعًا التصرف فيه .

وقد يكون الشيء تحت تصرف شخص لوضع يده عليه وهو غير مالك ، كمن اشترى من غاصب أو من سارق ، وهو يعلم ذلك ، أو كنفس السارق أو الغاصب فهو واضع اليد ولكنه غير مالك شرعًا .

---

(1) انظر : بند 549 ، 550 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 .

وأما حق الدائنية في الأسهم المالية فإن كانت لغير حاملها فهي مال غير مقيد ملكه ، فهي لمن تكون معه ، إلا إذا ثبت أنه سارق أو غاصب أو متلقى الملك عنهما فيصح الدعوى فيها كالمنقول . وإن كانت لحاملها فهي مال مقيد ، فهي ليست لحاملها ، إلا إذا لم يعارضه أحد أو أقام دليل الشراء ، أو أي ناقل للملكية فهي منقول أيضًا .

ويتحقق وضع اليد بالشروط الآتية :

أولًا : أن تجول يد واضع اليد في الشيء الذي تحت يده بالفعل ، فيتصرف كمالك حقيقي بلا نكير أو معارضة من أحد .

ثانيًا : أن يكون الحائز ليس مشهورًا بالعداء والغصب لأموال الناس ، فإن كان كذلك فإن الحيازة لا تنفعه ، وتسمع عليه بينة المدعي .

ثالثًا : أن لا يكون وضع اليد بسبب أمانة أو عقد انتفاع كوديعة أو عارية أو إيجار إلخ ، فإن كانت كذلك فلا يتحقق وضع اليد الشرعي .

رابعًا : إمكان التصرف من واضع اليد كمالك حقيقي ، فتحصل الحيازة في كل شيء بالبيع والهبة والصدقة إلخ ولو قصرت المدة . وأن لا يكون الشيء الموضوع اليد عليه ملكًا عامًّا للدولة ، أو لشخص خاص معروف .

بند [340] ملك وفقد وضع اليد

ملك وضع اليد

القانون الفرنسي : يتحقق وضع اليد متى تملك الشخص القدرة على الشيء المملوك بكافة الطرق التي تكون نتائجها امتلاك التصرف الخاص في هذا الشيء . ومتى تحققت إرادة واضع اليد في التصرف كمالك حقيقي كالبيع والهبة والبدل إلخ . ويفرض القانون دائمًا هذه النية عند وضع اليد .

ويمكن تملك وضع اليد بواسطة وكيل أو وصي أو وليّ ، ويتلاشى وضع اليد بفقد الشرطين السابقين أو أحدهما [1] .

---

(1) انظر : بند 549 ، 550 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 .

عيوب وضع اليد :

العيوب التي يمكن أن تفسد وضع اليد هي :

أولًا : عيب الفصل وعدم الاستمرار في استعمال الشيء . ويتحقق هذا في عدم استعمال الشيء الموضوع عليه اليد استعمالًا عاديًا كاستعمال الملاك في أملاكهم حسب العرف والعادة ، كعدم قطع المرعى في الصيف والشتاء والعادة قطعها فيهما .

ثانيًا : عيب القهر والاغتصاب : يكون وضع اليد مشوبًا بعيب الاغتصاب حينما يتم بواسطة طرق فعلية أو إكراه أدبي . وهل يكفي أن يكون الاغتصاب في الابتداء أو يلزم استمراره في مدة وضع اليد ؟ خلاف . والراجح كونه في الابتداء فقط . وعيب الاغتصاب عيب خاص يتمسك به مَن وقع عليه الاغتصاب فقط .

ويختفي أثر الاغتصاب بمضي سنة من تاريخ الاغتصاب ووضع اليد بدون منازعة .

ثالثًا : عيب الوقتية ، وهو التملك لحساب آخر بعنوان وضع اليد ، وهو كل شخص ملزم برد ما تحت يده من أملاك إلى الآخرين كمؤاجر ومزارع ووصي وزوج إلخ .

وهذا النقص (الوقتية) ليس عيبًا في وضع اليد بل مانعًا من وضع اليد .

ووضع اليد المؤقت له الخصائص الآتية :

أولًا : أنه غير مظنون ولا مفروض ، بل المفروض أن المالك يملك لنفسه ومن يدع غير هذا فعليه إقامة الدليل .

ثانيًا : أن وضع اليد المؤقت مستمر دائمًا مهما طال الوقت ، ولا يختفي بهذا الطول بل ينتقل للورثة .

ثالثًا : هو عيب عام فيمكن لأي شخص أن يستند إليه كدليل ، وليس فقط لمن تدار الأملاك لحسابه .ولا يمكن للمغتصب بإرادته هو فقط تصحيح مركزه كمغتصب ؛ فلا ينقطع الاغتصاب إلا بوجود وضع يد من شخص ثالث ، أو ينتج عن معارضة في حق الملكية ، أو تلقى وضع اليد من الثالث كبيع أو هبة إلى المغتصب من شخص آخر معتقدًا أنه هو المالك الحقيقي .

كذلك يوجد وضع اليد اغتصابًا على حق الاستعمال أو الانتفاع ، كما إذا استعمل هذا الحق من شخص ثالث بسماح مالك العين نتيجة لسماح ضمني على

العين المملوكة ، كالمرور من أرض مملوكة للغير إلى أرضه .

ولا يختفي هذا العيب إلا بمعاوضة صريحة من المالك ، ويتحقق نص المادة 2232 قانون مدني (الأعمال الناتجة عن التسامح والتساهل لا توجد حقًّا ولا تسقطه) .

بند [341] التشريع الإسلامي

بما أن وضع اليد لا يتحقق إلا بفعل مادي ينتج عنه إمكان التصرف في الشيء الموضوع اليد عليه مع إرادة الملك والتصرف فيه كالمالك الحقيقي فمتى وجدت هذه الصفة وجد وضع اليد . فتحصل الحيازة في الشيء الممكن حيازته شرعًا بالبيع والهبة والصدقة إلخ ولو قصرت المدة . ويحمل حال الناس على الصلاح ما لم تقم قرينة أو بينة على خلافه [1] ؛ فيفرض في الحائز حسن النية .

وكما يكون التملك بوضع اليد من واضع اليد مباشرة يصح أن يكون من وليه أو وكيله أو وصيه متى حاز باسم من تحت إشرافه [2] .

ولا يتحقق وضع اليد (الحيازة) إلا إذا استمرت . ولهذا يشترط في شهود السماع على الحيازة أن يقولوا بالنص : (إنهم لا يعلمون خروج هذا الشيء عن ملك الحائز أو خروج شيء منه عن ملكه للآن) وإلا لما صحت شهادتهم . فيشترط في صحة الحيازة استمرار وضع اليد لوقت التصرف ، أو لوقت الحكم بالاستحقاق ، فترك استعمال حق التصرف ليس سببًا في ذاته للتلاشي ؛ فلو زالت الحيازة أو كانت موجودة لكن مع عدم نية التملك فلا يتحقق وضع اليد (الحيازة) . ومن اغتصب شيئًا من صاحبه وجب عليه رده إليه ، ولا تنفعه حيازته ؛ فحيازة الغاصب باطلة [3] والاغتصاب هو الذي لم تتحقق فيه إرادة المالك في التصرف ؛ بل كان مكرهًا إكراهًا فعليًّا . ومتى وقع الإكراه في الابتداء استمر الغصب ؛ فإن اطلع الحائز على

---

(1) قاعدة : يحمل حال الناس على الصلاح ما لم تقم قرينة أو بينة على خلافه

(2) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 919 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « تكون الحيازة بالواسطة ، متى كان الوسيط يباشره السيطرة على الشيء لحساب الحائز » ويلزمه الائتمار بالأوامر فيما يتعلق بهذه الحيازة .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

(3) قاعدة : حيازة الغاصب باطلة .

فسادٍ فيما تملَّكه وجب عليه رفع يده عنه ، متى كان الفساد مقتضيًا لذلك . فلا يفيد وضع اليد ولا تترتب عليه آثاره إلا إذا كان بوجه الصحة المعتبرة شرعًا . فالمغتصب ليس حائزًا شرعًا وكذا الحائز عن المغتصب متى علم ذلك [1] إلا إذا فات المغصوب فيدخل في الضمان . فإن سكت المغتصَب منه مدة الحيازة الشرعية بلا عذر ، وكان حاضرًا فتسمع دعواه وبينته ، خصوصًا إذا كان المغتصب مشهورًا بالعداء والغصب لأموال الناس ، فإن الحيازة لا تنفعه ، فتسمع الدعوى وبينة المدعى ولو طال الزمن . فإن كان المدعي غائبًا أو كان حاضرًا ومنعه من الدعوى مانع كصغر وسفه وجور وظلم وحبس مثلًا فتسمع الدعوى والبينة ولا تنفع الحيازة ، ولو طالت المدة ، في منع سماع الدعوى والبينة . ومتى كان وضع اليد بالاغتصاب فلا يختفي الاغتصاب بمضي المدة على هذا الإيضاح ؛ فإن فات المغصوب مثليًا أو مقومًا دخل في ملك الغاصب وضمن المثل أو القيمة في الذمة [2] .

ويفسد وضع اليد (الحيازة) بنية الملكية متى كانت وقتية لحساب الغير ؛ بمعنى أن الأجير أو الزارع أو الأمين أو المستعير لو نوى بوضع يده هذا المؤقت أنه مالك فلا يفيده ملكًا ، بل ويعتبر غاصبًا متى طلب رب الشيء رده إليه وامتنع ، فيضمن من وقت امتناعه .

والحيازة للغير غير مفروضة بل المفروض أن الشخص يحوز لنفسه فمن ادعى غير ذلك فعليه الدليل . ولا يختفي وضع اليد المؤقت إلا إذا فات المغصوب مثليًا أو

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 928 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها :

« 1 - يصبح الحائز سيئ النية من الوقت الذي يعلم فيه أن حيازته اعتداء على حق الغير .

2 - ويعتبر الحائز سيئ النية من وقت إعلانه في صحيفة الدعوى ما يفيد أن حيازته اعتداء على حق الغير ، كما يعتبر سيئ النية إذا اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره » .

وهو ما يتفق مع المادة 915 من التقنين الكويتي ، والمادة 2/1148 من التقنين العراقي .

وهو ما يتفق كذلك ومع المبادىء العامة في الفقه الإسلامي . وتؤيده القاعدة التي تقول : « الأمور بمقاصدها » يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

(2) يتفق ذلك مع المادة 939 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية .

ومع المادة 926 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

مقومًا فينتقل ضمانًا في الذمة .

ولا يمكن للمغتصب تصحيح مركزه كمغتصب إلا إذا فات الشيء المغصوب ، فيملكه على أنه يضمن القيمة أو المثل يوم الغصب ؛ فإن اغتصب ثم اشترى أو ورث من شخص اعتقد أنه هو المالك فقد انقلب وضعه من ضمان الرد مع الغلة والثمار إلى رد العين فقط لأن له شبهة فإن فات المغصوب ملكه الغاصب .

وأما اغتصاب حق الاستعمال والانتفاع – بمعنى وضع اليد على حق الاستعمال أو الانتفاع – فلا يسمى اغتصابًا وإنما يسمى تعديًا ، لأن الاغتصاب لا يكون إلا للذات وأما التعدي على المنفعة فلا يكون بنية تملك الذات فيضمن المعتدي الغلة ولو لم يستعملها . ولا يضمن السماوي إلا التعدي على الحر والبضع فكالغصب .

واستعمال أي حق بسماح المالك كالمرور مثلًا لا يكسب حقًّا ، لأن السماح بالاستعمال ليس معناه تمليك العين المستعملة [1] .

بند [342] النتائج القضائية لوضع اليد

القانون الفرنسي : لوضع اليد في ذاته نتائج هامة :

1 – يعطى واضع اليد صفة المدعى عليه في قضايا الاسترداد وهو موقف ممتاز لا يكلف شيئًا [2] .

2 – يستعمل كأساس في كثير من أنواع الملكية (في شغل العين – تسليم المباع – سقوط الحق) .

3 – يملك واضعُ اليد حَسَنُ النية الثمرات .

4 – يستعمل كحجة للملكية في المنقول .

---

(1) يقول الدردير : والحيازة وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف فيه بهدم أو بناء أو هبة أو صدقة أو زرع أو غرس أو إيجار أو بيع أو قطع شجر ونحو ذلك ، والتصرف في الرقيق بالعتق والكتابة والتدبير والوطء ونحو ذلك ... الشرح الكبير جـ 4 ص 68 ، 69 جـ 3 ص 248 وبداية المجتهد جـ 2 ص 239 جـ 322 الشرح الصغير جـ 4 ص 69 .

(2) انظر : بند 549 ؛ 550 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 .

5 - محفوظ ومحاط بدعوى استثنائية هي دعوى وضع اليد .

ملكية الثمرات لواضع اليد حسن النية :

قاعدة : الذي يملك عقارًا بحُسْن نية معتقدًا أنه المالك الحقيقي يملك ثمار هذا العقار ، ولا يجب عليه ردها للمالك الحقيقي لهذا العقار .

والشرط الوحيد لملكية الثمرات هو (حسن النية) ويكون واضع اليد حسن النية ، إذا كان واضعًا يده كمالك بقوة حجةِ ملكيةٍ ناقلةٍ للملكية التي يجهل عيوبها ، والمراد بحجة ناقلة للملكية كل عمل يكون له نتائج قانونية لنقل الملكية كالبيع والبدل والهبة والوصية مثلًا .

ويجب أن يجهل واضع اليد كل عيب يشين الملكية كعدم أهلية البائع للتعاقد ، أو عدم قابلية العقار للتمليك ، وإلا اعتبر سيء النية .

حجة الملكية الفاسدة قانونًا : وهو أن يعتقد المالك أن سبب الملك صحيح قانونًا ، فإذا هو فاسد كهبة عملت تحت إمضاء عرفي غير مسجل ، ويعتقد واضع اليد أنها صحيحة . وكوصية كاذبة ، أو وصية ألغيت بأخرى لاحقة ، بدون علم واضع اليد ، وهو يكفي لتحقق حسن النية في امتلاك الثمرات لكن لا يكفي في حصول الملكية بوضع اليد لأن القانون اشترط صحة حجة الملكية .

والقانون يفترض حُسْنَ النية في واضع اليد ؛ فليس عليه إثباتها . وعلى من ادعى سوء النية إثبات ذلك . على أنه لو أظهر حجة ملكيته فتبين أنها فاسدة تعين عليه إثبات صحة اعتقاده أنها في نظره صحيحة لمصلحته .

ولا يكفي حسن النية لتملك الثمرات عند وضع اليد بل لا بد من دوامها ، ومن الساعة التي يعلم فيها واضع اليد أن حجة ملكيته معيبة تكون الثمرات للمالك الحقيقي .

قواعد ملكية الثمرات :

واضع اليد بحسن النية يملك ثمرات العقار الواضع يده عليه سواء أكانت ثمرات طبيعية أم صناعية أم مدنية ، لكن لا يملك المنتجات كمنتجات منجم الذهب أو مقطع الحجارة أو شجر عال ليس مقطوعًا .

كيفية امتلاك الثمرات :

أما الثمرات الصناعية والطبيعية فلا خلاف فيها . لأن الامتلاك بسقوط الحق والثمرات المدنية قيل : يملكها يومًا بيوم بمعنى أنه إذا آجر إجارة مستقبلة وقبض الأجر مقدمًا ، ثم استردت العين المؤجرة لصاحبها الحقيقي فعلى واضع اليد رد ما زاد عن يوم معرفة فساد ملكيته . وقيل : له الثمرات التي قبضها ، وليس له أخذ ما لم يقبضه إلى ظهور فساد ملكيته - وهذا راجح .

ويجب رد الثمرات من وقت رفع الدعوى برد العين المتنازع فيها ، ولو بقيت الدعوى سنينًا ، لأن الحكم في مثل هذه مظهرٌ لا موجد فكأنه ظهر يوم رفع الدعوى ولا ظلم على واضع اليد .

أما واضع اليد بسوء نية فعليه إرجاع الثمرات التي حصلها ، بل والتي أهمل تحصيلها وعليه أيضًا تعويض حرمان المالك من التصرف في ملكه مدة وضع اليد .

بند [343] التشريع الإسلامي

إن واضع اليد يكون مدعى عليه في دعوى الاسترداد ، وهو غير مكلف بإثبات شيء لأن وضع اليد معتبر حجة ويجب أن يُعارَض بحجة أقوى من المدعي .

ويستعمل وضع اليد بنية التملك وعدم التعدي في بعض أنواع الملكية (كإحياء الموات ، شغل العين ، تسليم المبيع ، سقوط الحق بمضي المدة مثلًا) . ويملك واضع اليد بحسن نية الغلة والثمرات ويصح أن يكون وضع اليد حجة للملكية في المنقول والعقار متى فاتا ، أو مضت مدة الحوز الشرعية فيهما .

ملكية الثمرات :

لمعرفة ملكية الثمرات يجب ذكر البحث الآتي :

أولًا : واضع اليد غاصب أو سارق أو محارب أو معتدٍ ، أو متلقٍّ ملكَه ووضعَ يده عن غاصب أو سارق أو محارب أو معتدٍ ، وهو يعلم بالغصب أو السرقة إلخ .

ثانيًا : الشيء الموضوع اليد عليه إما عقار أو غير عقار (منقول) ، وإما لا زال باقيًا على حالته التي أُخذ بها أو تغير في صفاته الأساسية لوجوده أو في ذاته ولو بالتلاشي أو تغيرت صفته مع بقاء عينه .

ثالثًا : واضع اليد ليس سارقًا ولا غاصبًا ولا محاربًا وكذا من تلقى عنه الملك أو كان ضحية لشخص اعتقد صحة ملكه أو ما كان يظن ملكية ذلك الشيء لأحد إلخ .

رابعًا : الشيء الموضوع اليد عليه إما عقارٌ أو منقولٌ بقي على حالته يوم وضع يده عليه أو تغير في ذاته أو صفاته الغالبة التي بها يكون وجوده مقومًا أو مثليًا .

ففي الحالة الأولى وهي الغصب والسرقة والحرابة ، ومن تلقى وضع اليد ويعلم بذلك ترد العين المغصوبة متى كانت باقية على حالها لم تفت إلى مالكها وترد معها جميع الثمرات والغلة إن بقيت ، فإن استعمل الغلة بإفنائها ضمن قيمتها أو مثلها ، فمن اغتصب نخلا أو شاة ووجدهما ربهما بذاتهما ، وكان الغاصب قد جنى ثمر النخل أو جز صوف الشاة أو شرب لبنها فيجب على الغاصب رد النخل وثماره والشاة وصوفها ولبنها إن كان الثمر والصوف واللبن موجودًا وإلا ضمن قيمته يوم الغصب وكذا حُكْم من تلقى عنهم الملك ويعلمون بذلك [1] .

وقد ذهب المشرع الإسلامي إلى أن الغاصب ومن في حكمه يضمنون الثمرة والغلة للمغصوب ، ولو هلكت بما لا قدرة لهم على دفعه [2] ، كما إذا تلفت الثمر بآفة سماوية لأنه متعدٍّ فيضمن . وكذا يرد الغاصب ما أثمر عنده من شجر أو ما نتج عنده من حيوان كذلك .

وخير المالك إذا كان المغصوب أرضًا وبَنَى أو غرس الغاصب في أخذ البناء أو الغرس ودفع قيمته منقوضًا أو أمره بتسوية أرضه ؛ فلو سكن ما بناه أو أكراه فلربها كراؤها براحًا لا مبنية . فإن لم يسكن ولم يكرها فلا شيء ؛ إذ مجرد البناء لا يوجب كراء .

---

(1) يتفق ذلك مع المادة 943 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « يكون الحائز مسئولا من وقت أن يصبح سيئ النية عن المنفعة التي حصل عليها ، والثمار التي يقبضها أو التي قصر في قبضها ، ويجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار » .

والمادة 930 من التقنين الكويتي ، والمادة 1166 من التقنين العراقي ، والمادة 1192 من التقنين الأردني .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

(2) قاعدة : الغاصب ومن في حكمه يضمنون الثمرة والغلة للمغصوب ولو هلكت بما لا قدرة لهم على دفعه .

فإن زرع متعدٍّ الأرضَ فإن لم يبلغ الزرع حد الانتفاع به برز على وجه الأرض أم لم يبرز أخذه المستحق بلا دفع شيء نظير البذر والعمل . وإن شاء أمره بقلعه . فإن بلغ الزرع حد الانتفاع به ، ولو لرعي ، فللمستحق أمر الغاصب بقلعه إن لم يفت وقت ما تراد الأرض له مما شأنه أن يزرع فيها غالبًا ، وللمستحق أخذه بقيمته مقلوعًا . فإن فات وقت ما تراد الأرض له فكراء سنة على المتعدي ، والزرع للغاصب . وقيل : للمستحق أرضه وقلع الزرع . وقيل : الزرع لرب الأرض فله أخذه ولو طاب وحصد .

فإن كانت العين المغصوبة غير موجودة على حالها يوم الغصب فيسمى (فوتا) . والفوت في المثلي والمقوم بتغير ذاته أو فنائه أو نقله في المثلي – وإن لم يكن فيه كلفة – أو نقله في المقوم إذا احتاج نقله لكبير حمل أو بدخول صنعة فيه ؛ ففي حالة فوت المغصوب هذه يستحق ربه مثل المثلي ، كمن اغتصب بيضًا فأفرخه ، فاستحق مالك البيض بيضه ضمن الغاصب مثل البيض عدًّا لا ما خرج من البيض من الدجاج مثلًا أو اغتصب قمحًا فطحنه . وفي المقوم يضمن القيمة كمن اغتصب بيتًا وهدمه ، والمثل والقيمة معتبران يوم الغصب [1] ، ومتى حكم بالمثل أو بالقيمة فلا يستحق المالك غلة أو ثمرة معهما ، لأنه لا يجمع بين الغلة والقيمة ، ولا بين المثل والغلة .

فإن كانت العين المغصوبة موجودة ولم تفت إلا أن الغاصب ألحق بها نقصًا في ذاتها ؛ فإن أفات المقصود منها كقطع ذنب دابة ذي هيئة ، أو قطع أذنها أو قطع طيلسانه أو قطع لبن شاة وبقر هو المقصود منها ، أو ذبح شاة مثلًا وأدركها ربها لحمًا خُيِّر المالك بين أخذ الشيء المغصوب أو المسروق وأخذ قيمة نقصه أو أخذ قيمته كاملًا وتركه للمعتدي . وأما في الحيوان المذبوح فليس له إلا الخيار في الأخذ مذبوحًا أو أخذ قيمته فقط .

وإن لم يُفِت ما أحدثه المعتدي في المغصوب المقصودَ منه تعين أخذ ما نقصه أي قيمة نقصه مع أخذه وليس لمالكه تركه للمعتدي وأخذ قيمته [2] .

---

(1) قاعدة : المثل والقيمة معتبران يوم الغصب .

(2) يتفق ذلك مع المادة 948 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « يكون الحائز سيئ النية مسئولًا عن هلاك الشيء أو تلفه ، ولو كان ذلك ناشئا عن سبب لا يد له فيه ، إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيًا من يد من يستحقه » وهذه توافق المادة 196 من التقنين الأردني ، =

وفي الحالة الثالثة وهي أن يكون واضع اليد ليس سارقًا ولا غاصبًا ولا محاربًا ولا من تلقى عنهم الملك كذلك ، أو تلقى الملك عن غاصب أو سارق أو محارب وهو لا يعلم ذلك .

ففي حالة وجود الشيء موضوع النزاع بيد المدعى عليه يجب رده لصاحبه المدعي مجردًا عن الغلة والثمرة . فإن كان واضع اليد ممن ذكروا واضع اليد بشبهة قوية فله الثمرة والغلة بدون رد شيء منها للمالك .

فالغلة الناتجة من الشيء المستحق من أجرة أو استعمال أو لبن أو صوف أو ثمرة لواضع اليد ذي الشبهة أو المجهول حاله لوقت الحكم بالاستحقاق ، فليس للمستحق قبل الحكم شيء منها . وكذا الحكم فيمن تلقوا الملك عن ذي الشبهة أو مجهول الحال أو غاصب ونحوه لا يعلمون شيئًا ، وهذا في العقار وفي المنقول [1] .

والقاعدة أن كل ذي شبهة استحق ما تحت يده يفوز بالغلة [2] ، ولكن يستثنى من ذلك :

أولًا : من وهب له الغاصب أو السارق ولا يعلم بالسرقة أو الغصب ، وحُكِم بأحقية هذا الشيء لمالكه ، فليس للموهوب له الغلة إلا إذا كان الغاصب موجودًا موسرًا مقدورًا عليه فإن كان معدومًا أو معسرًا أو غير مقدور عليه فالغلة للمستحق لا للموهوب له .

ثانيًا : من أحيا أرضًا ظنها مواتًا فتبين أنها مملوكة فلا غلة له ، بل الغلة لمالكها

= والمادة 2/934 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 942 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ، ونص هذه المادة :

« 1 - للحائز الحق فيما يقبضه من ثمار ، وما يحصل عليه من منفعة ما دام حسن النية .

2 - وتعتبر الثمار الطبيعية أو المستحدثة مقبوضة من يوم فصلها ، وتعتبر الثمار المدنية مقبوضة يومًا فيومًا . ويعتبر الحصول على المنفعة أنه قد تم يومًا فيومًا » .

وتتفق هذه مع المادة 1165 من التقنين العراقي ، والمادة 1191 من التقنين الأردني ، والمادة 929 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

(2) قاعدة : كل ذي شبهة استحق ما تحت يده يفوز بالغلة .

الذي استحقها .

ثالثًا : الوارث الذي طرأ عليه دائن على المورث فلا غلة للوارث المطروء عليه بل يأخذ منه الدائن الموروث وغلته ، لأن التركة لا تكون للورثة إلا بعد سداد الدين متى كان الدين يستغرق التركة .

رابعًا : لو طرأ وارث على وارث وقاسمه في نصيبه فلا غلة للوارث الأول إلا بمقدار نصيبه ، ويأخذ الوارث الطارئ نصيبه وغلته من يوم الميراث .

فإن زرع ذو الشبهة أو من تلقى عنه الملك ، أو من تلقى عن الغاصب والسارق - ولم يعلم بالسرقة - الأرضَ التي استحقها ربها قبل الإبَّانِ (أي بدو صلاح الزرع) فليس لمستحق الأرض إلا الكراء عن تلك السنة وليس له قلع الزرع ، لأن الزارع غير معتد .

فإن فات الإبَّان واستوى الزرع وقت الحكم بالاستحقاق فليس للمستحق على الزارع شيء ، لأن الزارع قد استوفى المنفعة ، والغلة لذي الشبهة أو المجهول ليوم الحكم .

فإن آجر ذو الشبهة الأرض موضوعَ النزاع ، فإن زرعها المكتري وجب كراء سنة ، ولا خيار للمستحق ، فإن زاد الإيجار عن سنة خيّر المستحق في الإمضاء والفسخ متى علم أجر كل سنة ، وإلا فالفسخ .

فإن حرث ذو الشبهة ولم يزرع واستحقت الأرض وجب على المستحق دفع كراء الحرث ، وكذا لو حرث المكتري من ذي الشبهة . فإن لم يدفع المستحق كراء الحرث لمن حرث قيل للحارث : ادفع كراء سنة ، وازرع الأرض ، فإن لم يدفع قيل : له سلم الأرض لصاحبها ولا شيء له . فإن أكراها سنة فللمالك فسخ الإيجار قبل الحرث وبعده لا بعد الزرع ففيها كراء سنة .

فإن بنى أو غرس ذو الشبهة قيل للمستحق : ادفع قيمة البناء أو الغرس قائمًا منفردًا عن الأرض ؛ لأن الفعل كان بشبهة . فإن أبى قيل للغارس والباني : ادفع قيمة الأرض براحًا للمستحق . فإن أبى أيضًا فشريكان بالقيمة يوم الحكم بالاستحقاق لا يوم الغرس أو البناء ؛ فتقدر قيمة البناء مثلًا بخمسين وقيمة الأرض قضاء بمائة وخمسين فيكونان شركاء بالربع للباني ، وبالثلاثة الأرباع لمستحق الأرض .

وقد جعل المشرع يوم الحكم حدًّا فاصلًا بين استحقاق الغلة والثمرة لمن يستحقونها وبين استحقاق المالك هذه الثمرة والغلة . فإن قبض واضع اليد أجرًا لمدة طويلة يعني زائدة عن يوم الحكم وجب عليه ردها . وليس الحكم بالاستحقاق موجدًا بل مظهرا ملكية المستحق . لكن واضع اليد كان ذا شبهة ونية حسنة فلم يظلمه في حقه مدة وضع يده ، ولكن في الغصب ؛ فإن الثمرة والغلة تستحق من وقت الغصب لأن فعله هدر ولا احترام له قانونًا فعليه إرجاع العين المغصوبة وما نتج منها من يوم الغصب . فإن قلنا إن الحق يرد من يوم رفع الدعوى كان هذا افتراض أحقية المدعي . والأصل أن المدعي لا حق له حتى يثبت حقه ، والإثبات ينتهي بالحكم فيتأكد حقه به . وقد يجوز أن يخفق في إثباته فتكون دعواه لا حقيقة لها .

ويؤدب الغاصب متى ثبت الغصب ولو كان صبيًّا مميزًا بما يراه الحاكم ولو عفا عنه المغصوب منه بضرب أو سجن أو نفي أو هما أو مع نفي ، كما يؤدب من ادعى غصبا أو سرقة أو تعدى على صالح مشهور بذلك [1] .

بند [344] قاعدة (وضع اليد في المنقولات يعادل حجة الملكية)

القانون الفرنسي : معناها أن وضع اليد في المنقولات حجة الملكية فيها ، وواضع اليد في المنقول مفروض فيه قانونًا أنه مالك لهذا المنقول ، وهذا الفرض لا يعارض بأي دليل يمكن إقامته مطلقًا فهو غير مقبول قانونًا [2] .

فلا تقبل دعوى الاسترداد في المنقول ، لأن وضع اليد دليل الملكية لواضع اليد ، فلا يقبل الدليل ضد هذا الدليل . فلو أعرت صديقًا عجلة يروح بها عن نفسه ثم خان الأمانة وباعها لثالث حسن النية ، فليس لك رفع دعوى استرداد قِبَل هذا

---

(1) يقول الدردير : الغصب أخذ مال قهرًا تعديًا بلا حرابة ، واشتراط الأخذ قهرًا يفيد استبعاد الأخذ اختيارًا كعارية وسلف وهبة والدين من المدين والوديعة ونحوها .

الشرح الصغير جـ 3 ص 234 ، جـ 4 ص 18 ، 69 وبداية المجتهد جـ 2 ص 317 وما بعدها .

يقول الدردير : موات الأرض أي الموات منها ما سلم عن اختصاص بإحياء لها ، وملكها بإحيائه لها ...

الشرح الصغير جـ 3 ص 332 .

(2) انظر : بند 549 ، 550 ، في الباب الأول من الكتاب الثاني من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 .

الشخص الثالث ، لأن القاعدة تمنعك ، ولك الرجوع على صديقك فقط بالثمن والتعويض أو طلب محاكمته جنائيًا لخيانته الأمانة . وهذه القاعدة ترجع إلى قانون العوائد ، والقانون يفرض أن الملكية في هذه الحالة وجدت مستندة إلى وضع اليد لا إلى مضي المدة .

تبرير وجود هذه القاعدة أنه جرت العادة بعدم تحرير عقود بيع المنقولات ، بل تسلم يدًا بيد . ولو فرضنا وصح قبول دعوى الاسترداد في المنقولات لوقفت حركة التجارة ، ولا يأمن أحد أن يشترى من تاجر أي شيء خشية أن لا يكون مملوكًا له .

شروط تطبيق هذه القاعدة :

يجب لتطبيق هذه القاعدة ثلاثة شروط

أولًا : يجب أن يكون وضع اليد على شيء مادي فبقي خارجًا عن هذه القاعدة الديون المدنية ، والديون التي توجد في أسهم الشركات تحت الأمر والإذن ، أو اسمية . ومع ذلك بقي من المنقول غير المادي ما يدخل تحت هذه القاعدة ، وهو الأسهم التي لحاملها فتتم ملكيتها بالتسليم والتسلم فقط ، بدون احتياج لشيء آخر .

ثانيًا : يجب أن يكون وضع اليد حقيقيًا بالمعنى المعروف قانونًا ؛ فالأمين على ما تحت يده ، والوكيل والمستأجر لا يمكنهم التمسك بهذه القاعدة ، كذلك وضع اليد الخفي والمبهم لا تطبق عليه هذه القاعدة .

ثالثًا : يجب أن يكون واضع اليد حسن النية ، أي معتقدًا أنه مالك حقيقي والقانون يفرض فيه ذلك ؛ فمن ادعى غيره فعليه إثباته ، فالسارق ومن وجد شيئًا لا تطبق عليهما القاعدة لأن نيتهما سيئة .

مستثنيات من قاعدة (وضع اليد في المنقولات دليل الملكية) :

يستثنى من قاعدة المادة 2279 المذكورة حالتان مع استجماعهما للشروط المطلوبة فلا تطبق عليهما هذه القاعدة . وذلك :

أولًا : حالة السرقة .

ثانيًا : حالة الضياع أو الفقد . فإذا فقد المنقول أو سرق من مالكه فله الحق في رفع دعوى استرداده لمدة ثلاث سنين ضد من وُجِد في يده ، حتى ولو كان حسن

النية ابتداء من يوم السرقة أو الفقد .

وإذا كان واضع اليد الحالي على المنقول المسروق أو المفقود قد اشتراه من سوق عام أو من معرض أو من تاجر يبيع أمثال المسروق فإن دعوى الاسترداد ممكنة دائمًا ، لكن بشرط أن يدفع طالب الاسترداد إلى واضع اليد ما تكلفه من الثمن .

الاستثناء الخاص بالسرقة من القاعدة العامة لا يشمل حالة خيانة الأمانة ، لأن خيانة الأمانة مفروض فيها اختلاس بخداع لشيء بواسطة شخص أودعه المالك الحقيقي له كالمؤتمن أو المستلف والمستلف بلا مقابل ، وذلك :

1 - لأن المادة 2279 نصت على السرقة فقط ؛ فلا تشمل خيانة الأمانة . ويجب التقيد بالنص .

2 - إن وادع الأمانة يمكن أن يلام ، لعدم تخيره رجلًا أمينًا ، بخلاف من سرق منقوله فلا اختيار له في شيء ، لذا ساعده القانون .

3 - إذا أبحنا التوسع في المستثنيات سيتلاشى الأصل .

بند [345] التشريع الإسلامي

إن وضع اليد على المنقول والعقار محترم في التشريع الإسلامي لأن المفروض في الناس عدم التعدي على بعضهم واحترام حقوق بعضهم البعض ؛ فوضع اليد حجة قاصرة [1] ، بمعنى أنها تبقى حجيتها ما لم تعارض بحجة أقوى منها فتقدم عليها . فإذا ادعى شخص أن هذا الشيء ملكه (عقارًا أو منقولًا)لأنه يحوزه وهو تحت يده وادعى آخر أنه ملكه لأنه تملكه بوجه من أوجه التمليكات الشرعية كشراء مثلًا فإنه تُقَدَّم بينة مدعي الملكية بالشراء على حجة وضع اليد .

فوضع اليد يمكن معارضته بأي دليل أقوى منه . ووضع اليد محترم ما دام لم يطرأ عليه ما يجعله على غير أساس ، كمن ادعى أن هذا الشيء ملكه وسُرِق منه أو اغتصب منه ، وأقام البيِّنة على ذلك ، فيؤخذ من يد واضع اليد ويسلم لمالكه . وهذا باتفاق التشريع السماوي والوضعي . إذًا وضع اليد حجة يمكن معارضتها بأقوى منها باتفاق . ولهذا تقبل دعوى الاسترداد في العقار والمنقول على حد سواء

(1) قاعدة : وضع اليد حجة قاصرة .

لأن وضع اليد ليس دليلًا كاملًا أمام القضاء فيقبل الدليل الأقوى منه ضده . فلو أعرت صديقًا عجلة يستعملها مدة ثم طالبته بها فوجدته خان الأمانة ثم باعها لثالث حسن النية إذا لم يعلم بخيانةٍ أو سيئ النية إذا علم ، فلك رفع دعوى الاسترداد على المشتري الذي وجدت عجلتك معه ، وهو صاحب الشأن في الرجوع على من باعه هذه العجلة . هذا إذا وجد الشيء بعينه ولم يفت . فإن فات بمفوت مما سبق فإن كان الفوات عند المشتري ضمن المثل أو القيمة وللمالك أن يرجع عليه ولو غير عالم بالغصب عند وجود الغاصب موسرًا مقدورًا عليه . فإن اتبعه رجع على الغاصب بالثمن على الذي دفعه له وقت البيع . وللمالك تضمين الغاصب عند فوات المغصوب عند مشتريه [1] .

وحيث لك الاسترداد فالقاعدة لا تمنعك . واسترداد المغصوب لا يمنع من تأديب الغاصب ، ولو كان صبيًّا كما يراه الحاكم ، ولو عفى عنه صاحب الشيء المغتصب ، لأنه حق اللّه ولا عفو فيه (حق عام كما يقولون) [2] .

والتشريع الإسلامي يفرض أن حال الناس محمول على الصلاح ؛ بلا اعتداء ؛ فيقر وضع اليد كدليل للملك في المنقول والعقار ما لم يعارض بدليل أقوى ؛ فالملك يستند إلى وضع اليد التي لم تعارض .

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 953 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها :
« 1 - يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله أو لصاحب الحق العيني عليه إذا فقده أو سُرِق منه أن يسترده ممن يكون حائزًا له بسبب صحيح وحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الفقد أو السرقة .
2 - فإذا كان الحائز قد اشترى الشيء بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله ، فله أن يطلب ممن يسترده أن يعجل له الثمن الذي دفعه .
ويتفق ذلك مع المادة 939 من التقنين الكويتي ، والمادة 1164 من التقنين العراقي ، والمادة 1190 من التقنين الأردني .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

(2) يقول ابن رشد : أجمع العلماء على أن من اغترس نخلًا أو ثمرًا بالجملة ونباتًا في غير أرضه أنه يؤمر بالقلع ... قال النبي ﷺ : [ليس لعرق ظالم حق] وحديث أن رجلين اختصما إلى رسول اللّه ﷺ غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها . بداية المجتهد جـ 2 ص 322 ، ص 145 ، ص 316 والشرح الصغير جـ 3 ص 234 جـ 4 ص 68 ، 69 .

تبرير قاعدة (وضع اليد يعادل حجة الملكية) [1] وهي قاعدة شرعية أن البيع في العقار والمنقول يتم بالإيجاب والقبول بدون شرط آخر ، فإذا تم البيع ووضع الشيء في يد المشتري وجب احترام وجوده على هذه الصفة حتى يظهر خلاف ذلك . وأما التفرقة بتحرير عقود البيع في العقار فيسترد دائمًا . وفي المنقول خلاف ذلك فلا يصح دليلًا على التفرقة ، لأن تحرير العقود في العقار ليس ركنًا في صحة البيع ، وإنما هي نظم إدارية اقتضتها معاملات الناس وخصوصًا الشخص الثالث .

ودعوى أن إباحة الاسترداد في المنقول يوقف حركة التجارة غير مسلمة ، لأنه يجب على المشتري أن يعرف ممن يشترى ، ويجب على البائع أن لا يبيع غير ما يملك . يستوي في ذلك العقار والمنقول . على أن المشرع الإسلامي احتاط لفساد الزمن و لافتيات الناس بعضهم على بعض ؛ فقرر أن من ادعى استرداد شيء لغصب أو سرقة ولم تكن دعواه حقًّا ، بل أريد بها الكيد أدِّب بما يراه الحاكم من حبس وسَجْن وتعزير . وكذا من غصب أو سرق فلكل حكمه في الحدود - على أن الأشياء التي استثناها القانون من هذه المادة هي من اؤتمن على ما تحت يده ولم يؤده ، والوكيل ، والمستأجر إذا لم يردوا ما تحت يدهم لأربابه ، فلا ينتفعوا بهذه القاعدة فيصح أن يدعى عليهم للاسترداد . والسارق ومن وجد شيئًا كذلك . فالشيء الضائع والمفقود والمسروق يصح استرداده . وهذه هي الأشياء التي تسترد في التشريع الإسلامي ، لأن المنقول إما مغصوب أو مسروق أو مفقود أو كان تحت أمين ولم يرده لربه وقت طلبه كالأمانة والعارية والمستأجر إلخ فيعتبر هؤلاء غاصبين .

فالتشريع الوضعي أخذ هذه المستثنيات من التشريع الإسلامي بلا شك ، لأنه لا فارق بينهما والمتأخر التشريع الوضعي فأخذ عن الإسلامي لأنه نشأ في موطنه .

شرط تطبيق قاعدة (وضع اليد يعادل حجة الملك في المنقول والعقار) [2] .

هذه القاعدة تطبق على العقار والمنقول إذا لم تعارض بحجة أقوى ، فيرجع إلى ترجيح البينة أو أدلة الإثبات - ومعلوم أن الاسترداد أو الاستحقاق لا يكون إلا لشيء مادي فالدين خارج عن تطبيق هذه القاعدة ، لأنه في الذمة ، إلا أسهم

(1) قاعدة : وضع اليد يعادل حجة الملكية .

(2) قاعدة : وضع اليد يعادل حجة الملك في المنقول والعقار .

الشركات التي لحاملها أو تحت الأمر والإذن فهي ملك لمن بيده مالم ينازعه أحد . وأما الأسهم الاسمية فمعها دليلها فتسترد لأنها مقيدة في الشركة باسم صاحبها ومنها اسمه .

والأمين على ما تحت يده إذا امتنع عن أداء الأمانة لصاحبها اعتبر غاصبًا من وقت الامتناع كالمستعير والمكتري والمستأجر والوكيل إلخ فترفع ضدهم دعوى الاستحقاق في المنقول والعقار ، وكذا السارق ومن وجد شيئًا .

واسترداد المنقول أو دعوى استحقاقه لا يصح أن تترك مدة فتتزعزع ثقة الناس في التعامل . فوضع المشرع الإسلامي لها قواعد مفصلة كالآتي :

أولًا : إن حيازة غير العقار من عروض ودواب ورقيق من قريب للمالك سواء أكان شريكًا أم غير شريك لا بد فيها من الزيادة على العشر سنين مع حضور المالك والسكوت بلا مانع في تصرف واضع اليد في المنقول وكان مملوكًا لقريبه بعتق أو كتابة أو وطء أو هبة أو صدقة أو بيع أو إيجار إلخ فلا تفوت على مالكها القريب ، إلا إذا زادت مدة الحيازة على عشر سنين ، فإن فاتت في هذه المدة انتقل الضمان إلى القيمة أو المثل فإن فاتت مدة الحيازة فلا تسمع الدعوى ولا البينة متى كان حاضرًا ساكتًا بلا مانع .

ثانيًا : إن كان الحائز للمنقول غير قريب للمالك ، شريكًا أو غير شريك ، وتصرف فيما حاز والآخر ساكت حاضر بلا عذر فمدة الحيازة فوق ثلاث سنين ؛ فلا تسمع دعوى الاسترداد للعين أو القيمة بعد هذه المدة .

ويستثنى من ذلك الدابة للركوب وأمة الخدمة فالحيازة فيهما سنتان فقط فلا تسمع دعوى مدع ولا بينة إذا كان حاضرًا ساكتًا بلا عذر ، والثوب للبس فحيازته سنة فقط ، وأما أمة الوطء فتفوت بوطئها بالفعل مع علم ربها وسكوته بلا عذر [1] .

ثالثًا : إذا كان وضع اليد (الحيازة) على منقول أو عقار مملوك للغير بإعارة أو إجارة أو عُمرى أو إخدام أو مساقاة مثلًا فتسمع بينة المدعي ، ويقضى له بمقتضى

---

(1) يقول الدردير : « إن كان المدعى عليه غائبًا أو كان حاضرًا ومنعه من التكلم مانع فإنها تسمع دعواه وبينته . ومحل عدم سماع بينة المدعي ما لم يكن الحائز مشهورًا بالاعتداء والغصب لأموال الناس فإن الحيازة لا تنفعه ، كما في النقل عن ابن القاسم الشرح الصغير جـ 4 ص 69 .

البينة أو إقرار المدعى عليه . ولا تنفع في ذلك حيازة . فالشيء المتنازع فيه باق على ملكية صاحبه إلا إذا فات بمفوت شرعي . ومحل سماع البينة في هذه الحالة أن لا يحصل من الحائز بحضرة المدعي وسكوته بلا عذر ما لا يحصل إلا من المالك كالبيع والهبة والصدقة ، وإلا فلا تسمع الدعوى .

وعلى ذلك لو تصرف غير المالك مطلقًا (قريبًا أو أجنبيًا أو شريكًا أو لا) بهبة أو صدقة أو عتق أو بيع إلخ ، والمالك حاضر عين التصرف عالمٌ به ، ولم ينكر مع تمكنه من الإنكار مضى فعل غير المالك ، ولا كلام للمالك . وللمالك في البيع بحضوره وسكوته بلا مانع أخذ ثمن المبيع ؛ لأن حضوره مع سكوته بلا مانع إذن منه وإقرار للبيع إن لم يطل كسنة . فإن مضى العام فلا ثمن له أيضًا إن قبضه البائع . وإلا فللمالك قبضه بعد الأجل ، لأن البائع قد استحق الثمن بالحيازة مع يمينه .

وفي التصرف بدون عوض كالهبة والصدقة فإن حضر وسكت فلا شيء له ، وإن لم يحضر وعلم فقام يُقْضَى له ، وإن سكت العام بعد علمه فلا شيء له .

والحكم بالاستحقاق لا يقتضي دفع ثمنٍ من المدعى ، لأنه لا معنى للاسترداد إذا وجد عين شيئه فادعاه فكان صادقًا فحكم له . ومن استحق منه المبيع يرجع على بائعه بما دفع من الثمن . ولا شأن للمستحق في ذلك ، سواء كان المستحق منه مشتريًا من سوق عام ، أو من تاجر يبيع مثل الشيء المتنازع فيه . وعلى المشترى أن يتحقق قبل شراء أي شيء أن البائع له يملكه ، ولو يغلب على ظنه مثلًا لأنه واضع اليد ، فلا يدفع المسترد شيئًا من ثمن ولا من غيره إلا إذا كانت نفقات بها وجود الشيء المسترد ولا غلة له تحتسب منها .

ويدخل في حكم الغصب من خان الأمانة التي اؤتمن عليها ، وكذا السرقة من يوم الطلب والامتناع عن التسليم من غير أن يدعي الهلاك بغير تفريط منه في الأمانة ، وأما في السرقة فحكمه حكم الغاصب [1] .

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 949 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على ما يأتي : « من حاز حق ملكية أو حقًا عينيا آخر على عقار غير مقيد في السجل العيني ، أو حاز حق ملكية أو حقا عينيا آخر على منقول مدة خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى بالملكية أو بحق عيني آخر من أحد بعد تركها طوال هذه المدة بغير عذر شرعي » ويتفق ذلك مع المبادئ التالية التي يقرها الفقه الإسلامي وهي : =

....

= 1 - أن الحائز لا تطلب منه البينة على ما يدعيه ، كما أن المدعي لا تقبل منه البينة على ما يدعيه .
يقول التسولي : « الحائز لا يكلف ببيان وجه ملكه ، وبأي سبب صار له » (كتاب البهجة في شرح التحفة 239/2) .
وهو معنى قولهم حيازة عشرة أعوام مع علم أصل الملك لمن هو عامله أي أنها قطعت حجة القائم مع علم أصل ملكها . ومحل قطعها لذلك إذا لم يعلم أصل مدخله . أما إذا علم ككونه دخل بكراء من القائم أو إسكان أو مساقاة ونحو ذلك فإنها لا تقطعها ولو طالت » (المرجع المذكور ص 238) . ويفهم من هذا النص أن الحيازة الشرعية تنتج آثارها لمصلحة الحائز ، أي تقطع حجة القائم وهو المدعي ملكية المال المحاز مع علم أصل ملكه ، أي معرفة أصل ملك المدعي للمال المحاز عليه ، فبالرغم من إثبات المدعي لملكيته للمال المحاز عليه فإن الحائز يستحق ملكية هذا المال دونه ، كما يفهم منه أنه مع العلم بأصل الملك للمدعي ، فإنه يجب عدم العلم بأصل مدخل الحائز في الحيازة . وهذا يعني أن لا تكون الحيازة عرضية ، إذ لو علم أن دخول الحائز كان بسبب إجارة أو ما أشبه فالحيازة عرضية ، ومن ثم لا تنتج أثرها لمصلحة الحائز .
يقول خليل : « وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين ، لم تسمع دعواه ولا بينته ، إلا بإسكان ونحوه » (مختصر العلامة خليل 272) . ويفهم من هذا النص أن الحيازة الشرعية وهي التي استوفت شروطها ، تجعل دعوى مدعي ملكية المال المحاز غير مسموعة ، ولا تقبل بينته ، أي لا يقبل منه إثبات ملكيته لهذا المال ؛ لأن الحيازة الشرعية تعتبر بينة أقوى من بينة مدعي الملكية . وإنما تقبل بينة المدعي إذا كانت خاصة بإثبات أن الحيازة عرضية بإيجار ونحوه ، إذ في هذه الحالة لا تكون الحيازة حيازة حقيقية فلا تنتج آثارها لصالح الحائز .
2 - أن يترك المدعي الدعوى طوال المدة المقررة لعدم سماعها بغير عذر شرعي يحول بينه وبين أن يرفعها ، إذ إن هذا القدر من شأنه أن يقف سريان مدة عدم سماع الدعوى لصالح المدعي ، فتسمع دعواه ، ويقضى له إذا نجح في إقامة الدليل على ما يدعيه .
يقول خليل : « ثم ادعى حاضر ، ساكت بلا مانع » المرجع السابق .
ويقول المواق : « وقال ابن الحاجب : العمارة مدة طويلة والمدعي شاهد ساكت ، بلا مانع من خوف ولا قرابة ولا صهر وشبه ، فغير مسموعة (على هامش شرح الحطاب 221/6) .
ويقول الحطاب : « إلا أن تكون اليد كلا يد مثل أن يكون غاصبًا أو ذا سلطان غير » شرح الحطاب 192/6 .
ويقول أيضًا : وقوله ساكت يعني أنه يشترط أيضًا في الحيازة أن يكون المدعي ساكتا في مدة الحيازة . واحترز بذلك عما لو تكلم قبل مضي مدة الحيازة ، فإن حقه لا يبطل . وقوله بلا مانع يعني أن سكوت المدعي في المدة المذكورة إنما يبطل حقه إذا لم يكن له مانع يمنعه من الكلام ، وفسر ابن الحاجب المانع بالخوف والقرابة والصهر ، المراد بالمانع في كلامهم : خوف المدعي من الذي في يده العقار لكونه ذا سلطان أو مستندا لذي سلطان ، فإن كان سكوته لذلك لم يبطل حقه .
قال الجزولي : « وكذلك إذا كان للحائز على المدعي دين ، وخاف إن نازعه أن يطلبه ، ولا يجد من أين يعطيه . ويدخل في المانع ما إذا كان المدعي صغيرًا أو سفيها فإن سكوته لا يقطع دعواه . ابن فرحون في تبصرته (المرجع السابق ص 222) . =

....

= ويقول ابن فرحون : « ويشترط في الحيازة أن يكون المحوز عليه غير خائف من الحائز ، ولا بينه وبينه قرابة ولا مصاهرة ، ولا مصادقة ، ولا شركة ، (على هامش فتح العلي المالك لعليش 95/2) .
وقال في الحيازة عن الغائب : إلا أن يكون له عذر مثل أن يكون في يد عدو ، أو من وراء بحر ، أو يكون ضعيفًا ، أو مختلًا ، أو امرأة محجوبة ، وما أشبه ذلك من العذر فيكون على حقه أبدًا ... وإن لم يكن ضعيفًا في بدنه ، ولا مختلًا في عقله ، فأراه على حقه أبدا ، ما زال غائبا ؛ لأنه قد يكون للغائب معاذير لا تعرف » (تبصرة الحكام على هامش فتح العلي المالك ، لعليش 77/2) .
ويقول الدسوقي : « في حاشيته على الشرح الكبير وكذا قوله : « أو قام به مانع : (قوله ونحوه) : من ذلك ما إذا كان الموضع لا يتيسر فيه من يَزْجُر ويُزْجَع إليه . ولذا قال ابن عمر : الحيازة إنما تكون في موضع الأحكام ، وأما في البادية ونحوها فلا حيازة . ومن ذلك خوف الحاضر من سطوة الحائز ، أو من سطوة من استند إليه الحائز (حاشية الدسوقي 207/4) .
وقد نصت المادة 518 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يأتي : « من حاز عقارًا ، أو منقولًا مدة يقضي العرف بأن الحيازة فيها حيازة ملك فإنه يستحقه بهذا الحيازة ولا تسمع معها دعوى من ينازعه في ملكيته ولا بينته » . وجاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي : « ومعنى أن الحيازة لا تسمع دعوى المنازع في الملكية أنه لا يترتب على سماعها أن تكون البينة على من ادعى واليمين على من أنكر . وهذا لا ينافي أنها تسمع منه سماع استيضاح ، لاحتمال أن الحائز يقر له بملكيته للشيء المحاز مثلًا . وإنما لم تسمع دعوى المنازع للحائز مع الحيازة التي يقضي العرف بأنها حيازة ملك ؛ لأن العرف يكذبه في دعوى ملكيته للشيء المحاز لجريان العادة بأن مالك الشيء لا يسكت على حيازة الغير له ، وتصرفه فيه تصرف المالك في ملكه هذه المدة (الشرح الكبير وحاشيته 206/4 وما بعدها) .
ونصت المادة 520 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام مالك الذي أصدره مجمع البحوث الإسلامية في مصر على ما يأتي : « يشترط في الحيازة التي لا تسمع معها دعوى المنازع للحائز ولا بينته ما يأتي :
1 – أن يتصرف الحائز في الشيء المحاز بأي نوع من أنواع التصرف إن كان أجنبيا من المنازع غير شريك له في الشيء المحاز ، أو بتصرف يخرجه من يده ، أو يغير ذاته إن كان أجنبيا شريكا ، أو كان قريبا مطلقًا .
2 – أن يدعي حين المنازعة ملكيته للشيء المحاز ، ولو لم يبين سبب الملكية .
3 – أن يكون المنازع للحائز حاضرا ببلد الشيء المحاز وعلم بالحيازة ، وسكت عليها بغير عذر طوال مدة الحيازة .
وجاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي : « تصرف الحائز في الشيء المحاز بأي نوع من أنواع التصرف كتصرفه فيه ببيع أو هبة أو بكثير بناء أو هدم ، أو كثير غرس شجر ، أو قطعه ، أو استغلاله بإجارة ، أو مساقاة ، أو انتفاعه به بزرع أو سكنى . وتصرفه فيه بنوع تصرف يخرجه من يده ، أو يغير ذاته كتصرفه فيه ببيع ، أو هبة ، أو بكثير بناء ، أو هدم ، أو كثير غرس شجر ، أو قطعه . ومعنى الإطلاق في قريب المنازع هو كونه شريكا له أو غير شريك . والمراد بحضور المنازع ببلد الشيء المحاز هو حضوره به حقيقة ، أو حضوره به حكما ، بأن يكون قريبًا منه بحيث لا يخفى عليه حال الشيء المحاز . والمراد بالعذر هو المانع الذي يحمله على عدم المطالبة بحقه =

بند [346] دعاوى وضع اليد

القانون الفرنسي : هي دعوى قضائية يرفعها واضع اليد على عقار لمنع معارضة الغير له في وضع يده أو في استعمال حقه العيني أو لاسترجاعه وضع يده على عقار أخرج منه عنوة . وهذه الدعوى تقابل بدعوى إثبات الملكية وهي الدعوى التي تقام من شخص يدعي أنه المالك الحقيقي لعقار أو أنه مستحق لحق عيني على العقار كمنتفع أو مستعمل يريد بها الاعتراف في القضاء بحقوقه المنكرة أو المأخوذة بالقوة عنوة [1] .

لكن الفرق بينهما أن دعوى وضع اليد لا تتعلق بالملكية ورافعها لا يتعرض لإثبات ملكيته . أما دعوى الملكية فهي منصبة على إثبات الملكية نفسها .

أقسام دعاوى وضع اليد :

يمكن ذكر ثلاثة أنواع من دعاوى وضع اليد :

أولًا : دعوى منع تعرُّض ، وهي الدعوى التي يرفعها واضع اليد على المتعرِّضِ له في وضع يده لتكون نتيجتها وضع حد لهذا التعرض الذي هو ضحيته ، كفتح

= كإكراهه على السكوت ، أو صغره ، أو سفهه ، أو جهله بملكيته للشيء المحاز . أما جهله بأن الحيازة تسقط حق المنازع وتقطع بينته فلا يعذر به . ويعلم من هذا النص :

أولًا : أن تصرف الأجنبي الذي ليس شريكا يكفي فيه بأن يكون أي نوع من أنواع التصرف . بخلاف تصرف الأجنبي الشريك ، أو القريب مطلقًا فإنه يشترط فيه أن يكون بنوع يخرج الشيء المحاز من يده أو يغير ذاته .

ثانيًا : أن مجرد الحيازة بدون دعوى الملكية لا يكفي في استحقاق الحائز للشيء المحاز ؛ لأن الحيازة لا تنشئ ملكًا وإنما تدل على ملك المدعي .

ثالثًا : أنه إذا تخلف شرط من شروط الحيازة فإنها لا تعتبر ، وتسمع معها دعوى المنازع وبينته (الشرح الصغير وحاشيته 414/2 ، الشرح الكبير وحاشيته 206/4 ، شرح المجموع 278/2) .

والمادة تتفق مع المادة 1/1158 من التقنين العراقي ، والمادة 1181 من التقنين الأردني ، والمادة 935 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة 949) .

(1) انظر : بند 549 ، 550 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني من المقالة الثامنة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 .

شباك على ما أنا واضع يدي عليه فلي الحق في طلب سد هذا الشباك .

ثانيًا : دعوى ترك العمل الجديد ، وهي الدعوى التي ترفع من واضع اليد طالبًا فيه الأمر بإيقاف عمل ، وعدم إتمامه ، بحيث لو تم هذا العمل لأوجد ضررًا لواضع اليد الطالب كمالك عقار للغير عليه حق المرور شرع في إقامة مبان لو تمت لمنعت صاحب حق المرور من استعمال حقه . فللغير رفع دعوى طلب إيقاف هذا العمل الذي لو تم لأضر باستعمال حقه .

ثالثًا : دعوى إعادة وضع اليد ، وهي الدعوى التي ترفع من واضع يد على عقار انتزع منه قهرًا ، طالبًا إعادة وضع يده ثانيًا على هذا العقار .

الدعوى الأولى والثانية ترفعان من واضع اليد الحقيقي فقط ، وأما الثالثة فترفع حتى من واضع اليد المؤقت كالمؤاجر والمزارع .

بند [347] التشريع الإسلامي

التشريع الإسلامي يحمي واضع اليد دائمًا حتى يظهر أن واضع اليد غير محق فيقضي عليه بما أقيم من بينة ، وجعل لواضع اليد الحق في رفع دعوى منع معارضة الغير له في استعمال حقه أو في استرجاع وضع يده على ما كان تحت يده وأخذ اغتصابًا أو سرقة أو في منع التعدي من الغير بما يمنع استيفاء المنفعة أو ينقصها ، يستوي في ذلك المنقول والعقار كما سبق إيضاحه ، والمدعي هو واضع اليد .

وأمَّا دعوى إثبات الملكية فهي الدعوى التي ترفع من شخص يدعي أنه المالك الحقيقي لعقار أو منقول أو أنه مستحق لحق عيني على العقار كمنتفع أو مستعمل بأي وجه شرعي يريد بها إثبات حقوقه .

فلواضع اليد طلب منع ما يضر به في وضع يده أو ينقص حق استعماله على ما تحت يده ، فيقضَى لواضع اليد على جاره بسد طاقة حدثت وأشرفت على الجار ، فإن كانت قديمة لعشر سنين أو كانت عالية لا يمكن التطلع على الجار منها إلا بصعود على سلم فلا حق له في طلب سدها . ومتى قضى بسدها فلا بد من سدها من أصلها وإزالة ما يدل عليها من عتبة أو خشبة ونحوهما خوفًا من الادعاء

مستقبلًا أنها قديمة وهذه آثارها [1] .

ويقضى لذي اليد بمنع الجار من إحداث ذي دخان كحمام وفرن ومطبخ يتضرر الجار به ويقضى بمنع إحداث ذي رائحة كريهة كمدبغة ومذبح ومسمط ، ويقضى بمنع ما يضر بالجدار كمدقة وطاحون وبئر وغرس شجر ، وبمنع إحداث إصطبل للدواب لما فيه من ضرر رائحة الزبل بالجدار وصوت الدواب ، وبمنع إحداث حانوت قبالة باب ولو بسكة نفذت للزوم جلوس الناس فيه [2] (فإن كانت قديمة فلا اعتراض لأحد) . فيجوز لواضع اليد أن يطلب من القاضي منع إتمام بناء لأي شيء مما ذكر . فإن تم البناء ولم يطلب جاز له الطلب لعشر سنين لحدوث الضرر بالفعل .

كما يجوز لواضع اليد طلب إزالة ما يعترض استيفاء منفعة خاصة له أو منفعة عامة ، فيقضى بهدم بناء في طريق يمر فيها الناس ، ولو لم يضر بالمارين ؛ إذ لاحق له في ذلك مع كون البناء المذكور من شأنه الضرر .

بل ذهب المشرع الإسلامي إلى أزيد من ذلك في المحافظة على وضع اليد واحترامه ، فقال : ويقضى بجلوس باعة بأفنية دور لبيع خف . وقضي للسابق من الباعة إن نازعه غيره (يعني يحترم محل جلوس الباعة بجوار المنازل لبيع ما خف

(1) يتفق ذلك مع المادة 940 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ، ونصها : « لحائز العقار إذا استمرت حيازته سنة كاملة ، ثم وقع له تعرض في حيازته أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض » .

ويتفق ذلك مع المادة 1154 من التقنين العراقي ، والمادة 927 من التقنين الكويتي فيما عدا المدة التي ترفع الدعوى خلالها ؛ إذ هي ثلاث سنوات .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

(2) يتفق ذلك مع ما جاء في المواد 809 ، 810 ، 811 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . ونص المادة 809 : « على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به القوانين واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة ، أو المصلحة الخاصة » وتنص المادة 810 على أنه : « يجب أن تقام المحال والمنشآت المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة على المسافات المبينة في القوانين واللوائح ... » ونصت المادة 811 على وجوب ألا يغلو المالك في استعمال حقه إلى حد يلحق بالجار ضررا غير مألوف ... » وإنما يتفق هذا كله مع وجهة الفقه الإسلامي في النظر إلى الحقوق . راجع الموافقات للشاطبي 238/2 والمواد 57 حتى 64 من مرشد الحيران ، والمواد 1198 حتى 1209 من مجلة الأحكام العدلية .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

كقليل من الخضار أو الطيور مثلًا ، ويقضى لمن سبق منهم بمجلسه على من ينازعه) فإن كثر الباعة أو جلسوا للتحدث ونحوه فإنهم يقامون .

ويقضى بإعادة الشيء لواضع اليد عند انتزاعه منه قهرًا حتى ولو كان ذا منفعة كمستعير أو مستأجر ، إلا إذا نازعه الغير وادعى الملكية وأثبته فلا يُمكَّن واضع اليد من العودة لوضعها ، لاستحقاق ما تحت يده [1] فتكون دعوى منع تعرض الغير لما تحت اليد ، ودعوى ترك العمل الذي لو تم لأحدث ضررًا . ودعوى الإزالة ودعوى إعادة وضع اليد موجودة في التشريع الإسلامي منذ وجوده ، فيرفع الدعوى الأولى ، والثانية واضع اليد بنية التملك والثالثة يصح أن تكون من واضع اليد لا بنية التملك كما تكون من واضع اليد بنية التملك [2] .

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 939 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية .
والمادة 926 من التقنين الكويتي .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

(2) يقول ابن عسكر : وله فتح روزنة لمصلحة ، حيث لا يطلع منها على جاره . وإذا تداعيا حيازة ولا بينة فهو لمن إليه وجوه الآخر والطاقات فإن استويا فهو مشترك فلا يتصرف فيه إلا بإذن الشريك ....
إرشاد السالك ص 101 والشرح الصغير جـ 3 ص 239 وبداية المجتهد جـ 2 ص 316 ، 322 .

نتيجة المقارنات من بند 332 إلى نهاية بند 347

يتفق التشريعان فيما يأتي :

نزع الملكية للمنفعة العامة - تثبيت حق الملكية (دعوى الاسترداد) - دليل الملكية - نتائج دعوى الاسترداد - وضع اليد - شرط وضع اليد - ملك وفقد وضع اليد - عيوب وضع اليد - نتائج وضع اليد القانونية - وضع اليد في المنقولات يعادل حجة الملكية - دعاوى وضع اليد (دعوى منع تعرض) - دعوى ترك العمل الجديد - دعوى إعادة وضع اليد .

تم الجزء الأول ويليه الجزء الثاني وأوله (التمليك)



فهرس عام للجزء الأول من

كتاب « المقارنات التشريعية »

الكتاب الأول

الكتاب الثاني

الكتاب الثالث

القسم الثالث

فهرس أبجدي للجزء الأول من

كتاب « المقارنات التشريعية »

(ط)

(ع)

(ف)

(ق)

(م)

(ن)

(و)

سلسلة دراسات المقارنات التشريعية (٢)

المقارنات التشريعية

بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي

مقارنة بين فقه القانون الفرنسي
ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف

سيد عبد الله علي حسين

من علماء الأزهر الشريف وليسانس في الحقوق الفرنسية

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج　　　أ. د علي جمعة محمد

أحمد جابر بدران

المجلد الثاني

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى
1421 هـ - 2001 م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

القاهرة - مصر 120 شارع الأزهر ص ب 161 الغورية
هاتف 5932820 - 2704280 - 2741578 (202) فاكس 2741750 (202)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين

والصلاة والسلام على رسول اللّه خاتم النبيين

وبعد فنبدأ الجزء الثاني من كتاب « المقارنات التشريعية » واللّه يهدينا سواء السبيل وهو حسبي ونعم الوكيل .

بند [1] التمليك

القانون الفرنسي

الأشكال المختلفة لتملك الملكية هي :

1 – الميراث الشرعي .
2 – الميراث الموصى به أو الوصية .
3 – الهبة بين الأحياء .
4 – إضافة الملحقات أو الضم .
5 – نتائج الاتفاقات .
6 – وضع اليد أو الاستيلاء .
7 – سقوط الحق بمضي المدة .
8 – المزايدة .
9 – القانون .
10 – التسليم .

هذه الأشكال المختلفة للتملك لا تطبق على امتلاك الملكية فقط ، بل كذلك تطبق على تملك الحقوق العينية ، وحقوق المديونية [1] .

ترتيب أسباب الملكية :

أولًا : شكل الملكية في مقابل أو بلا مقابل : الملكية في مقابل هي أن يعوض كل طرف من المتعاقدين الآخر نظير ما أخذ منه كالبيع والبدل . والملكية بلا مقابل : هي أن يأخذ أحد الطرفين من الآخر شيئًا من غير أن يعوضه شيئًا كالهبة والوصية إلخ .

ثانيًا : شكل الملكية عام أو خاص ؛ فالملكية العامة هي أن يمتلك جزءًا أو كلًّا من

---

(1) انظر : المقالة الثالثة في أنواع الطرق التي تفيد الملكية ، في الجزء الأول من تعريب القانون المدني الفرنساوي ص 158 ، 159 .

ميراث شخص مثلًا ، والملكية الخاصة هي أن يمتلك شيئًا محدودًا كالبيع ؛ فإنه يملك المبيع المحدود المعين . والفرق العملي بينهما أن المالك بعنوان عام ملزم بسداد ديون من ملكه (المورث) والمالك بعنوان خاص ليس ملزمًا بشيء .

ثالثًا – شكل الملكية بين الأحياء أو بعد الموت ؛ فالملكية بين الأحياء هي ما كانت الملكية محققة حال الحياة حتى ولو في حياة المالك الأصلي ، وذلك في جميع التصرفات ما عدا الميراث والوصية . والملكية بعد الموت هي ما كانت الملكية غير محققة إلا بعد الوفاة ، كالميراث والوصية .

رابعًا : شكل الملكية أصلي غير صادر عن أحد ، أو صادر عن أحد ؛ فشكل الملكية الأصلي هو ملكية الشيء بدون واسطة شخص معين ، وذلك كوضع اليد أو الاستيلاء . وشكل الملكية الصادر عن أحد هو ما كان بواسطة شخص معين ، وهو من يتلقى عنه الملكية ، وهو ما عدا الاستيلاء .

خامسًا : شكل الملكية بالاختيار أو بغير الاختيار ؛ فشكل الملكية بالاختيار هو ما نشأ عن إرادة المالك ككل أسباب الملكية ، ما عدا سقوط الحق بمضي المدة ، وضم اللواحق . وشكل الملكية بغير الاختيار : هو مالم ينشأ عن إرادة المالك كسقوط الحق بمضي المدة وضم اللواحق .

بند [2] التشريع الإسلامي

الأشكال المختلفة لتملك الملكية :

قد ينشأ الملك عن ميراث [1] ، أو وصية ، أو هبة [2] ، أو بيع ، أو بدل ، أو

(1) حددت الفقرة الأولى من المادة 954 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية طبيعة القانون الواجب التطبيق بشأن الميراث ، ونصها : « تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث وتسري في شأنهما أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنهما » .

وتتفق هذه الفقرة مع المادة 2/1106 من التقنين العراقي والمادة 2/1086 من التقنين الأردني . وتتفق مع المادة 940 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة) .

(2) يقابل ذلك المادة 451 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها :

1 – الهبة عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شيء أو حق مالي آخر دون عوض ، ويتفق ذلك مع المواد 601 ، 611 ، 613 من التقنين =

بوضع اليد إلخ . والملكية قد تكون للعين أو لما ترتب عليها من حقوق ، أولهما معًا كما تكون للمديونية .

والملكية قد تكون بعوض كالبيع ، وبغير عوض كالهبة والوصية ، ومعلوم شرعًا أنه لا وصية ولا ميراث [1] قبل سداد الدين عن [2] المتوفى [3] ؛ فإذا قبل الوارث أو الموصى له سداد دين المتوفى ولو كان مستغرقًا فيكون متبرعًا ؛ فليس هناك ملك عام ولا ملك خاص .

والملكية بين الأحياء كالبيع والهبة والبدل مثلًا ، وبعد الوفاة كالوصية والميراث . والموصى له والوارث غير مالكين قبل تحقق الوفاة ؛ فلو تنازل أحدهما عن الميراث أو عن الوصية ؛ فتنازلهما باطل ؛ لأنه لم يصادف محلًّا . وليس لأحدهما التصرف فيما يرث لأنه لا يملكه إلا بالوفاة . وكذا فيما يوصى به له . والكلام في هذا البحث اصطلاح الفقهاء لا يترتب عليه كبير أثر ، وإنما هو بحث في حقيقة المعاني الفقهية وتقسيم عقلي لما يطرأ عليها . ولا مانع من أن يتفهمه طالب العلم ؛ لما فيه من تفتيح ذهنه وتبصرته ، وليس هذا من صميم الفقه بمعنى الأحكام [4] .

= العراقي ، والمادة 557 من القانون المدني الأردني ، والمادة 833 من مجلة الأحكام العدلية ، والمادة 77 من مرشد الحيران ، ويتفق هذا كله مع ما جاء في حاشية الدسوقي 87/4 ، 90 وحاشية ابن عابدين 530/4 ، 542 وما بعدها ومجمع الأنهر 352/2 انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية المادة المذكورة .

(1) قاعدة : لا وصية ولا ميراث قبل سداد الدين عن المتوفى .

(2) في المادة 971 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية أنه « متى انقضى الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد ، يقوم المصفي بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التي لم يقم في شأنها نزاع ، أما الديون التي نوزع فيها ، فتسوى بعد الفصل في النزاع نهائيا » .
ويتفق ذلك مع المادة 1102 من التقنين الأردني . وحكمها يقبله الفقه الإسلامي ، فهو من قبيل الإجراءات المؤدية إلى الوفاء بما على التركة من ديون .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

(3) جاء في حاشية الدسوقي 2/3 تعريف البيع وأنه عقد معاوضة أي عقد محتوٍ على عوض من الجانبين) .
وفيه أيضا في باب ما يخرج من تركة الميت قبل التوريث أنه ثم تقضي من رأس ماله ديونه التي لآدمي كانت بضامن أم لا » (457/4 وما بعدها) .
وجاء في بداية المجتهد الإشارة إلى تقسيم العقود قسمين : قسم يكون بمعاوضة ، وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات ، والصدقات .. » إلخ بداية المجتهد (145/2) .

(4) ذكر ابن جزي الكلبي في القوانين الفقهية ص 186 أن المكاسب نوعان : كسب بغير عوض ، وبعوض . فأما الكسب بغير عوض فأربعة أنواع الأول : الميراث ، الثاني : الغنيمة ، الثالث : العطايا كالهبة والحبس وغير =

بند [3] الاتفاقات

القانون الفرنسي

نظرة عامة : الاتفاقات العامة التي يكون الغرض منها البيع والنقل للملكية هي : البيع والبدل والهبة بين الأحياء ، فالأولان يكونان بعوض والثالث بلا مقابل .

تحويل ملكية العقار والمنقول فيما بين الطرفين المتعاقدين .

نظرة تاريخية : في القانون الروماني كانت إدارة المالك فقط لا تكفي لنقل الملكية ، بل تنقل جميع الحقوق التي كانت للبائع على الشيء المباع للمشتري ؛ فالبيع عقد التزام ينفذه المشتري بعدة طرق ليتحصل على الشيء المبيع بواسطة التسليم . ثم تدرج التسليم من حقيقي إلى معنوي بواسطة شرط في عقد البيع ، وكذلك كان الحال في القانون الفرنسي القديم .

وأما القانون الفرنسي الحالي فقد قضى على ذلك كله ، واكتفي بأن الملكية تنقل بمجرد إتمام عقد البيع ؛ فالبائع تنقطع ملكيته والمشتري تبتدئ ملكيته فتكون إرادة الطرفين فقط كافية لنقل الملكية .

الوقت المحدد لنقل الملكية : القاعدة العامة أن نقل الملكية يتم بين الطرفين المتعاقدين منذ اللحظة التي وجد فيها عقد البيع ، أو البدل ، أو الهبة ، في المنقول ، والعقار على السواء متى كان العقد خاليًا من شرطٍ موقف أو ملغى .

ويستثنى من ذلك ثلاثة مواضع يتأخر فيها نقل الملكية إلى زمن لاحق للعقد :

أولًا : حينما يكون البيع ليس واقعًا على جسم معين محدود ، بل على أشياء جنسية كبيع عشر نعاج من قطيع أو عشرة أرادب من القمح أو مئتي متر مربع من أرض محدودة ؛ ففي هذه الحالة نقل الملكية لا يتم إلا إذا تخصصت الأشياء المبيعة

= ذلك ، الرابع : ما لم يتملكه أحد كالحطب والصيد وإحياء الموات ، وهو سبب في الملك . وحكمة مشروعيته الرفق والحث على العمارة . وأما الكسب بعوض فأربعة :

1 - عوض عن مال كالبيع ، وعوض عن عمل كالإجارة ، وعوض عن فرج كالصداق أو عوض عن جناية كالديات .

انظر : الشرح الصغير ج 3 ص 1 ، شرح زروق على الرسالة ج 2 ص 102 ومواهب الجليل ج 4 ص 226 ، ج 6 ص 49 ، ج 6 ص 2 .

كعد النعاج ووزن القمح ومقاس الأرض ، وإلى لحظة التخصيص يبقى المشترى دائنًا للمبيع وليس مالكًا للشيء المباع .

ثانيًا : حينما يوجد في العقد شرط يتفق عليه الطرفان المتعاقدان على أن الملكية تتم في مدة محدودة لاحقة للبيع ، وهو شرط قانوني يصح إدخاله في العقد .

ثالثًا : حينما يوجد في العقد شرط موقف ؛ فلا تنتقل الملكية كاملة بل تنتقل بشرطها ، فلا تنقلب ملكية خالصة إلا عند حدوث الشرط كما سبق في الملكية القابلة للإلغاء [1] .

بند [4] طرق التمليك الاتفاقية

القانون الروماني : في القانون الفرنسي متى اتفقت إرادة الطرفين المتعاقدين إيجابًا وقبولًا تم العقد وترتبت عليه آثاره ؛ فيتم البيع وتنتقل ملكية المبيع إلى المشترى بمجرد التعاقد بدون احتياج إلى شيء آخر . ولكن في القانون الروماني غير ذلك ؛ فكان التعاقد لا ينقل الملكية ، بل يفيد التزام المتعاقدين كل بما تعهد به ؛ ففي البيع بعد الإيجاب والقبول تبقى ملكية المبيع على ذمة صاحبه حتى يعمل أحد أمور ثلاثة : النقل ، أو الترك ، أو الإشهاد .

أولًا : **الإشهاد على التسليم** : يحضر البائع والمشتري في جلسة علنية ومعهما خمسة شهود : بلغ وطنيين رومانيين ومعهما يد ميزان ؛ فيأخذ المشتري الشيء المراد بيعه ، ثم يقول : أعلن أن هذا الشيء ملكي ، وقد اشتريته بهذا المبلغ ثم يضرب كفة الميزان بالنقد الذي معه ؛ حينئذ تنقل الملكية إلى المشتري .

فيترتب على هذا التسليم آثاره من الرجوع على البائع عند استحقاق المبيع ، أو نقص صفة فيه كانت مشترطة . وفي هذا القسم يشترط كون الشيء المباع يمكن تسليمه ، وكون المتعاقدين لهما حق التجارة .

ثانيًا : **الترك – وهو طريقة للتمليك** – فيترك المالك الشيء المباع إلى المشتري أمام القاضي في شكل دعوى صورية ، فيقول : هذا الشيء (المباع) ملكي ؛ فيسكت

---

(1) انظر : البند 1583 ، في الباب الأول ، من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 52 .

البائع ؛ فيحقق الحاكم أن المشتري هو المالك الحقيقي [1] .

ثالثًا : النقل وهو أن ينقل البائع إلى المشتري شيئًا جسمانيًا من المبيع بشروط محدودة ، وهي طريقة التمليك للعامة ، فيمكن للغرباء استعمالها . ويشترط لصحة التمليك بطريق النقل :

1 - وضع ، وتسليم الشيء المباع بجسمه ثم تَرَقّى إلى اعتراف البائع بالوضع مع اعتراف المشتري بالتسلم بدون نقل جسماني ، وهو ما أدرج في القانون الفرنسي من أن إرادة الطرفين كافية لنقل الملكية بعد تمام العقد (كما يقولون) .

2 - نية التمليك عند البائع ، ونية التملك عند المشتري وإن كان وضع اليد لا يفيد الملك ، وأن تتحد الإرادتان في السبب الباعث على الملكية .

3 - يجب أن يكون الشيء كاملًا يمكن تملكه ؛ فلا يصلح للنقل الأشياء الرومانية الخالصة ولا الأشياء غير الجسمانية .

بند [5] التشريع الإسلامي

الاتفاق : العقود العامة التي يكون الغرض منها التمليك هي البيع ، والبدل ، والهبة ، والوصية ، والعارية ، والعمرى ، والصدقة فالبيع والبدل يكونان بعوض والباقي بدون عوض ، والسلم نوع من البيع بشروط خاصة والقرض ، والإجارة ، والجعالة ، والمساقاة عقود لتمليك المنفعة إلا القرض فهو تمليك للذات نظير رد بدلها [2] .

---

(1) انظر : الباب الثالث والعشرين (في البيع والشراء) في الكتاب الثالث ، من مدونه جوستنيان في الفقه الروماني ص 225 - 228 .

(2) السلم بيع يتقدم تسليم رأس المال فيه ، ويتأخر المثمن لأجل ، وشروطه سبعة زيادة على شروط البيع وهي :

1 - قبض رأس المال كله ، أو تأخيره ثلاثا في المذهب المالكي ، ولو بشرط .

2 - ألا يكون رأس المال ، والمسلم فيه طعامين ، ولا نقدين ، ولا شيئا في أكثر منه ، أو أجود .

3 - أن يؤجل المسلم فيه بأجل معلوم للمتعاقدين .

4 - أن يضبط المسلم فيه بعادته من كيل أو وزن أو عدد .

5 - أن تبين صفات المسلم فيه التي تختلف بها القيمة في السلم عادة .

6 - كون المسلم فيه دينا في ذمة المسلم إليه .

7 - وجود المسلم فيه عند حلول أجله المعين بينهما .

الشرح الكبير (ج 3 ص 195 إلى 211) ، والإجارة هي تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض (ج 2 ص 4) . =

تحويل ملكية العقار والمنقول فيما بين الطرفين المتعاقدين متى تم عقد البيع بإيجاب وقبول [1] مستوفيًا شروط الصحة انتقلت ملكية العقار والمنقول فيما بين الطرفين المتعاقدين بدون شيء آخر [2] ، وهذه النظرية التي وجدت بوجود التشريع الإسلامي أخذها التشريع الوضعي ؛ لأنها وجدت بأرضه ، وقضى بها مدة طويلة فتبناها إلى تشريعه ، فتنقطع ملكية البائع مثلًا بمجرد العقد لتحل محلها ملكية المشتري ؛ فإرادة الطرفين [3] كافية لنقل الملكية منذ 1362 سنة .

= والمساقاة : عقد على خدمة شجر . الشرح الكبير (539/3) .

(1) قاعدة : عقد البيع يتم بالإيجاب والقبول .

(2) جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (5/5) « أن ثبوت تقابض العوضين واجب بعد وجود حقيقة البيع بصدور ما يدل على الرضا من العاقدين .

(3) تلخص ذلك المادة 402 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية والمادتان 472 ، 473 من التقنين الكويتي ، والمواد 538 ، 539 ، 540 من التقنين العراقي : فالمادة 538 من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

1 - تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل .

2 - وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر إذنا من البائع له في القبض .

والمادة 539 تنص على أنه « إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشتراها من المالك ، فلا حاجة إلى قبض جديد ، سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة » .

والمادة 540 تنص على ما يأتي :

1 - إذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه إلى بائعه أو باعه منه أو وهبه إياه أو رهنه له أو تصرف له فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشتري قابضًا للمبيع .

2 - وإذا أجره قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشتري » . وتقابل المواد 494 ، 495 ، 496 ، 497 ، 498 من التقنين الأردني :

فالمادة 494 من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

1 - يتم تسليم المبيع إما بالفعل أو بأن يخلي البائع بين المبيع والمشتري مع الإذن له بقبضه وعدم وجود مانع يحول دون حيازته .

2 - ويكون التسليم في كل شيء حسب طبيعته ، ويختلف باختلاف حاله .

والمادة 495 تنص على أنه « إذا كان المبيع في حوزة المشتري قبل البيع بأية صفة ، أو سبب تعتبر هذه الحيازة تسليمًا ما لم يتفق على خلاف ذلك » .

والمادة 496 تنص على أنه « إذا اتفق المتبايعان على اعتبار المشتري متسلما للمبيع في حالة معينة أو إذا أوجبت النصوص التشريعية اعتبار بعض الحالات تسليمًا اعتبر التسليم قد تم حكمًا » . =

ومتى وقع العقد المقتضي التمليك صحيحًا انتقلت الملكية إلى من ملك بموجب هذا العقد . ويتبع الملكية منذ وجودها ضمان المشتري للمبيع فإن هلك أو تعيب فضمانه من مشتريه عقارًا أو منقولًا ما دام العقد لا خيار فيه ، فإن كان البيع على الخيار فضمان المبيع من البائع [1] ما دام لم يختر المشترى ، ولم تنقض مدة الخيار وهو بيده وإلا فمن المشترى .

فتنقل الملكية بمجرد العقد الصحيح في المنقول والعقار الحاضر (يعني لم يبع على الصفة أو على رؤية متقدمة) ولو لم يقبضه من تملك ممن ملكه ، وعليه الضمان ، إلا في المسائل الآتية :

أولًا : الشيء محل التعاقد (كالمبيع) الذي فيه حق توفية أي استيفاء من المملك كالمثلي من مكيل أو موزون أو معدود ، فالضمان فيه على البائع (مثلًا) لقبضه بالكيل أو الوزن أو العد ، ولاستيلاء المشتري عليه . ويستمر الضمان للمبيع مادام بمعيار البائع حتى يفرغ في أواني المشتري فإذا هلك بيد البائع عند التفريغ فضمانه منه [2] .

ثانيًا : العين المباعة المحبوسة [3] نظير الثمن فضمانها من بائعها قبل القبض وبعد البيع .

= والمادة 497 تنص على أن « يتم التسليم حكمًا بتسجيل المبيع باسم المشتري عندما تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية على التسجيل الرسمي » .

والمادة 498 تنص على ما يأتي :

ويعتبر التسليم حكميًا أيضًا :

1 - إذا أبقى البائع المبيع تحت يده على طلب المشتري .

2 - إذا أنذر البائع المشتري بدفع الثمن وتسليم المبيع خلال مدة وإلا اعتبر متسلمًا فلم يفعل » .

ويتفق هذا كله مع ما جاء في المواد 262 - 277 من المجلة والمواد 434 - 443 من مرشد الحيران .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة 402) .

(1) جاء في الشرح الصغير (55/3) أن « الملك للبائع ، والضمان عليه » .

(2) جاء في الشرح الصغير (77/3) « أي مبيع فيه حق توفيه لمشتريه وهو المثلي من مكيل ، أو موزون ، أو معدود فعلى البائع ضمانه لقبضه بالكيل ، أو الوزن ، أو العد ، واستيلاء المشتري عليه ، ويستمر ضمان البائع له بمعياره من مكيال ، أو ميزان حتى يفرغ في أواني المشتري ، فإذا هلك بيد البائع عند تفريغه ، فضمانه على البائع » قال ابن رشد : اتفاقًا .

(3) يقابل ذلك ما جاء في المادة 428 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : =

ثالثًا : في المبيع الغائب غير العقار على الوصف أو الرؤية المتقدمة فضمانه من البائع حتى يقبضه المشتري ، ومتى قبضه انتقل الضمان إليه [1] .

رابعًا : الثمار [2] المبيعة بعد بدو صلاحها فضمانها من المشترى بتمام طيبها ، وقبل تمام طيبها فمن البائع في الجوائح السماوية لا في الغصب ، ولا في السرقة

= « إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » ويلاحظ أن ذلك يتفق مع الفقه المالكي الذي اتجه إلى انتقال ضمان المبيع إلى المشتري بمجرد العقد ، ولو لم يقبضه من البائع . ويقابل كذلك المادة 504 من التقنين الكويتي .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

(1) السلعة المحبوسة أي التي حبسها بائعها ، ولم يسلمها للمشتري للثمن ، أي لأجل قبض الثمن والمبيع الغائب على الصفة أو رؤية متقدمة ، فبالقبض يدخل في ضمان المشتري ، وقبله ضمانها على البائع . الشرح الصغير (78/3) .

(2) يتفق ذلك مع ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 425 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « للمشتري ثمر المبيع ونماؤه وعليه تكاليفه من وقت تمام المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره . وقد جرى المشروع على ذلك طبقًا للخطة التي سار عليها في تحريم الفوائد ، سواء كانت مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التأخير في الوفاء به ، حيث طبق المشروع القاعدة العامة الواردة في المادة 236 منه والتي تنص على أنه « إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتأخر المدين في الوفاء به ، جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير » ، فطبقا لهذه القاعدة يجوز للبائع أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب التأخير في الوفاء بالثمن ، إذا كان الثمن مستحق الأداء وأعذر البائع المشتري ، أو إذا سلم المبيع وكان قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى .
ويقابل ذلك المادة 465 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « يكون للمشتري ثمر المبيع ونماؤه ، وعليه تكاليفه من وقت البيع . ومع ذلك إذا لم يكن البائع قد استوفي الثمن بتمامه لا يكون للمشتري من الثمار إلا بقدر ما أداه من الثمن . وذلك كله مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلافه » .
كما نقابل المادة 572 من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :
1 - لاحق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الأداء إلا إذا أعذر المشتري أو سلمه الشيء المبيع وكان هذا قابلًا لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى وذلك مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره .
2 - والزيادة الحاصلة في المبيع بعيد العقد وقبل القبض كالثمرة والنتائج تكون حقًا للمشتري وعليه تكاليف المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .
وأساس هذه الأحكام الفقه الإسلامي ، فقد نصت المادة 480 من مرشد الحيران على أن « الزوائد التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمار والنتائج تكون حقًا للمشتري » ويعتبر هذا النص تطبيقًا للقاعدة العامة التي تقضي بأن الملك ينتقل بالعقد ، ومن ثم تكون للمشتري ثمار المبيع وعليه تكاليفه .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة 425) .

فمن المشتري بمجرد العقد الصحيح [1] . ويلاحظ أن التشريع الوضعي خلط بين المثلي والمقوم فيما ضربه مثلًا ؛ فبيع عشر نعاج من قطيع ليس من المثليات بل من المقومات ، وهو بيع لا يصح للجهالة بالنعاج وقت البيع ، وأما القمح فمن المثلي . والأرض وإن كانت تقاس إلا أنها تختلف ، فليس لها جنس يشبه فهي من المقومات لاختلاف الأغراض فيها بين الناس .

ففي كلٍ هذه الصور قد انعقد البيع بين الطرفين بالإيجاب والقبول ، وأصبح المبيع ملكًا للمشتري فعليه ضمانه إلا في هذه الصور ، فإنه وإن كان قد انتقل الملك للمشتري بعقد الشراء إلا أن الضمان يبقى على البائع ، فغلة المبيع للمشتري من لبن ، وبيض ، وثمر من حين ضمانه ؛ فالغنم بالغرم .

وأما اتفاق الطرفين على أن الملكية تتم في وقت كذا فهو شرط فاسد [2] يتنافى مع العقد ؛ إذ مقتضى العقد الملك فورًا ، إلا أنه يصح اشتراط تسليم المبيع في مدة كذا مع صحة ، ونفاذ البيع ، وقد تقدم بحث ذلك في الشرط الموقف والملغِي فارجع إليه إن شئت [3] .

---

(1) الشرح الصغير (78/3) .

(2) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 429 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشرعية الإسلامية ، ونصها : « في بيع العروض وغيرها من المنقولات ، إذا اتفق على ميعاد لأداء الثمن وتسليم المبيع يكون البيع مفسوخًا دون حاجة إلى إعذار ، إن لم يؤد المشتري الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك . وهذا مالم يوجد اتفاق على غيره » ويتفق ذلك مع المادة 509 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « في بيع المنقولات إذا اتفق على ميعاد لأداء الثمن كله أو أكثره لتسلم المبيع ، كان للبائع الحق في اعتبار البيع مفسوخًا دون حاجة إلى إعذار إذا لم يؤد المشتري المستحق من الثمن عند حلول الميعاد ، وذلك مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك ، أو كان الباقي من الثمن المستحق يسيرًا » .

وتقابل المادة 529 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا حدد في البيع موعد لأداء الثمن واشترط فيه أنه إذا لم يؤد المشتري الثمن خلاله فلا بيع بينهما ، فإن لم يؤده والمبيع لم يزل في يد البائع اعتبر البيع منفسخًا حكمًا » . ويتفق ذلك مع ما في الفقه الإسلامي . فقد نصت المادة 313 من المجلة على أنه « إذا تبايعا على أن يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا وإن لم يؤده فلا بيع بينهما صح البيع ، وهذا يقال له خيار النقد » . ونصت المادة 314 على أنه « إذا لم يؤد المشتري الثمن في المدة المعينة كان البيع الذي فيه خيار النقد فاسدًا » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة 429) .

(3) قال المواق في التاج والإكليل : « ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة » . قال الباجي : « البيع معروف ويفتقر إلى إيجاب وقبول ، وكل لفظ أو إشارة فهم منه الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود » . =

بند [6] نقل ملكية المنقول فيما بين الطرفين المتعاقدين والشخص الثالث

القانون الفرنسي : حصل خلاف في كيفية نقل ملكية المنقول بين المتعاقدين ، والشخص الثالث ، وفي ذلك قولان :

الرأي الأول : أن إرادة المتعاقدين لا تكفي لنقل ملكية المنقول بين المتعاقدين والشخص الثالث ، كما تكفي بينهما ، بل لا بد من التسليم بين المتعاقدين حتى يتم نقل الملكية بالنسبة للثالث ، فلو باع مالك المنقول الحقيقي إلى شخصين وسلم الثاني منهما هذا الشيء المباع فهو ملكه ، وإن تأخر تاريخ بيعه ؛ لأن التسليم في المنقول متمم لنقل الملكية بالنسبة للشخص الثالث . فإرادة المتعاقدين لا تكفي في ذلك بالنسبة له (المادة 1141) .

الرأي الثاني : أن إرادة المتعاقدين تكفي لنقل ملكية المنقول بين المتعاقدين والثالث . وأما المثل السابق في تفضيل المشتري الثاني على الأول فلأنه واضع اليد ، ووضع اليد دليل الملكية في المنقول ، لا لأن نقل الملكية لا يتم إلا بالتسليم بالنسبة للثالث ، وهذا رأى الجمهور من العلماء .

ويظهر أثر الخلاف فيمن باع منقولًا لشخصين ولم يقبضه واحد منهما ، وهو قد قبض الثمن منهما ثم أعلن إفلاسه . فعلى الرأي الأول المشترط التسليم بالفعل دخل المشتريان ضِمْن الدائنين ؛ لأن بيعهما لم يتم بالتسليم منهما فهما دائنان ، وعلى الرأي الثاني القائل أن إرادة المتعاقدين تكفي لنقل الملكية بين المتعاقدين وبين الشخص الثالث في المنقول دخل المشتري الثاني مع الدائنين ، وكان للمشتري الأول الحق في استرداد المبيع وهو أحق به ؛ لأن العقد تم . وكذلك الحال فيما إذا باع لاثنين أحدهما سيئ النية وهو الذي وضع يده على المنقول المباع ، وكذلك تحديد خط الأفضلية للبائع على المنقول فيما إذا باع من اشتراه لثالث ولم يسلمه له ، وسيأتي الكلام عليها في الجزء الثاني [1] .

= التاج والإكليل ج 4 ص 228 ، ومواهب الجليل ج 4 ص 228 وبداية المجتهد ج 2 ص 124 .

(1) انظر : البنود من 1604 إلى 1624 ، في الفصل الثاني من الباب الرابع من الكتاب السادس ، من تعريب =

بند [7] التشريع الإسلامي

نقل ملكية المنقول فيما بين المتعاقدين والشخص الثالث : متى تم عقد التمليك مستوفيًا لشروطه انتقلت ملكية الشيء المتعاقد عليه منقولا أو عقارًا إلى المشتري ؛ فأصبح مالكًا له بالنسبة للبائع وبالنسبة للشخص الثالث بلا فرق بينهما ، وينبني على نقل الملكية للمشتري قبل البائع ، والشخص الثالث أن ضمان المبيع عقارًا أو منقولًا يكون على الترتيب الآتي :

أولًا : إذا كان في المبيع حق توفية من كيل أو وزن أو عد ، فلا يضمن المشتري إلا بعد القبض [1] .

ثانيًا : إذا كان المبيع جزافًا أو لا عد ولا كيل ولا وزن ، وكان المبيع حاضرًا فلا خلاف في أن ضمانه [2]

من المشترى وإن لم يقبضه [3] .

ثالثًا : فإن كان المبيع غائبًا فعن مالك ثلاثة أقوال في ذلك :

1) الضمان من البائع إلا أن يشترطه على المبتاع .

= القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 57 : 60 .

(1) جاء في الشرح الصغير أن : « والقبض الذي يكون به ضمان المشتري في ذي التوفية باستيفاء ما كيل ، أو عد ، أو وزن منه » . الشرح الصغير (78/3) .

(2) يقابل ذلك المادة 395 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة 486 من التقنين الأردني . المادة 531 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا كان المبيع عينًا معينة بالذات ، أو كان قد بيع جزافا ، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع ، وأما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز » . ويتفق هذا مع قواعد الفقه الإسلامي القاضية بانتقال الملكية للمشتري بمجرد العقد في البيع الجزاق . مشروع القانون المدني ، طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع وهي تتفق مع المادة 489 من التقنين الأردني ، المادة 467 من التقنين الكويتي ، والمادة 18 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل التي تنص على أنه « إذا وجد المشتري المبيع على غير ما رآه ، أو وصف له فله الفسخ ولا يسقط خياره ما لم يوجد منه ما يدل على رضاه » . (انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامي ، المادة المذكورة) .

(3) جاء في بداية المجتهد ، 147/2 أن الجزاف ليس فيه حق توفية عند المالكية فهو من ضمان المشتري بنفس العقد ، بداية المجتهد ا . هـ .

وفي بداية المجتهد كذلك 185/2 أن : « ما ليس فيه حق توفية ، وهو حاضر فلا خلاف في المذهب أن ضمانه من المشتري ، وإن لم يقبضه » .

2) الضمان من المبتاع إلا أن يشترطه على البائع .

3) الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء إلى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكول وبين ما هو مأمون البقاء ، ففي غير المأمون على البائع وفي المأمون على المشتري [1] .

« والخلاف في هذه المسألة مبني على هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد ينتج عنه والعقد لازم دون القبض ؟ فمن قال إنه من شروط صحة العقد أو لزومه كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشترى ، ومن قال هو حكم لازم من أحكام البيع ، والبيع قد انعقد ولزم ، قال بالعقد يدخل في ضمان المشتري .

وتفريق الإمام مالك بين الغائب والحاضر ، والذي فيه حق توفية والذي ليس فيه حق توفية استحسان ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال : هو الالتفات إلى المصلحة والعدل (اهـ ابن رشد) » [2] .

وعلى الرأي الصحيح أو الذي عليه العمل في مذهب مالك متى تم البيع صحيحًا دخل المبيع في ملك المشتري [3] ، فإذا باع البائع الشيء المبيع لشخص آخر وسلمه له كان بيعًا موقوفًا على إجازة وإذن المشترى الأول ، فإن أجاز البيع الثاني صح ، وإن لم يجزه كان له أخذ المبيع من الشخص الثاني الذي اشتراه من البائع الأول . وعلى ذلك يدخل المشتري الثاني مع الدائنين في حالة إفلاس البائع . وللمشترى الأول الحق في استرداد المبيع وهو أحق به دون الدائنين ، لأن العقد تم .

---

(1) جاء في بداية المجتهد 185/2 أن عند مالك في المبيع الغائب ثلاث روايات : « أشهرها : أن الضمان من البائع إلا أن يشترطه على المبتاع ، والثانية : أنه من المتباع إلا أن يشترطه على البائع ، والثالثة : الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء إلى وقت الاقتضاء ، كالحيوان ، والمأكولات ، وبين ما هو مأمون البقاء » ا.هـ .

(2) تمام نص ابن رشد في بداية المجتهد ، ونهاية المقتصد (185/2) هو :

« الخلاف في هذه المسألة مبني على : هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد ، والعقد لازم دون القبض ؟ فمن قال : القبض من شروط صحة العقد أو لزومه ، أو كيفما شئت أن تعبر في هذا المعنى كان الضمان – عنده – من البائع حتى يقبضه المشترى ، ومن قال هو حكم لازم من أحكام البيع ، والبيع قد انعقد ، ولزم قال : العقد يدخل في ضمان المشتري . وتفريق مالك بين الغائب ، والحاضر ، والذي فيه حق توفية والذي ليس فيه حق توفيه استحسان ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة ، والعدل » ا . هـ . بداية المجتهد (185/2) .

(3) قاعدة : متى تم البيع دخل المبيع ملك المشتري .

ولو لم يتسلم المبيع .

وعلى هذا التفصيل السابق من شرط القبض في العقد أو من تبعيته له وكونه أثرًا مترتبًا عليه نقل التشريع الوضعي هذه المسألة بشقيها وهي كما ترى مفصلة في مذهب الإمام مالك [1] .

بند [8] نقل ملكية العقار فيما بين المتعاقدين وبين الشخص الثالث في عقد نظير عوض

القانون الفرنسي : تاريخ التشريع لغاية 23 مارس سنة 1855 .

القانون الروماني : لم يهتم المشرع بعلم الشخص الثالث ببيع العقار ولم يكن هناك أي نظام لذلك . ولكن عمليًا كانت مسألة بيع العقار تصحبها إجراءات عامة تجعل الشخص الثالث يعلم ببيع العقار .

وفي القانون الفرنسي القديم لم ينظم فيه علانية البيع وكان يكفي الشرط المدرج في عقد البيع لنقل الملكية بين المتعاقدين كما بينهما وبين الشخص الثالث . غير أنه كان في بعض بلاد شمال فرنسا أن نقل ملكية العقار لا تحصل بعد العقد بل يجب منح السنيور أو موظفيه تحقيق نقل التكليف في سجلات عامة .

وفي التشريع المتوسط أصدر المشرعون قانون 11 بريمير سنة 7 يجعل العلانية في تمليك العقار ضرورية ، وقد وضع هذا القانون القاعدة الآتية (ملكية العقار لا تنقل

---

(1) الإمام مالك : هو إمام دار الهجرة ، أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث ابن غيمان بن حثيل بن عمرو بن الحارث . وأمه هي : عالية بنت شريك الأزدية وأعمامه هم : أبو سهيل نافع وأويس والربيع والنضر ولد عام 93 عام موت أنس خادم رسول الله . وأخذ العلم عن نافع وسعيد المقبري وعامر بن عبد الله بن الزبير وابن المنكدر والزهري ، وعبد الله بن دينار وروي عن :

1 - إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة . 2 - أيوب بن أبي تميمة السجستاني عالم البصرة .
3 - إسماعيل بن أبي حكيم . 4 - جعفر بن محمد .
5 - زيد بن أسلم .

ومن أقرانه : معمر بن جريج ، وأبو حنيفة وعمرو بن الحارث والأوزاعي .

قال الذهبي : كان عالم المدينة في زمانه بعد زيد بن ثابت وعائشة ثم ابن عمر ثم سعيد ابن المسيب ثم الذهري ثم عبيد الله بن عمر .

انظر : سير أعلام النبلاء 382/7 - 436 .

بالنسبة للشخص الثالث إلا بالتسجيل ونقل التكليف) يعنى بصورة عقد التمليك من سجلات أمين الرهون في الدائرة المدنية لحالة العقار .

وفي تحرير القانون المدني وقف محررو القانون المدني بين الرأيين السابقين . وأخيرًا تم القانون بدون النص على وجوب نقل التكليف بالتسجيل لنقل ملكية العقار بالنسبة للشخص الثالث ، وكانت إرادة الطرفين تكفي لنقل ملكية العقار بينهما ، وبين الثالث .

وفي سنة 1855 صدر قانون 23 مارس الذي يحتم أن ملكية العقار تنتقل إلى المشترى بإرادة الطرفين ، ولا يتم نقل الملكية بينهما ، وبين الثالث إلا بالتسجيل ونقل التكليف .

الأعمال أو العقود التي يجب أن تسجل طبقًا لهذا القانون :

أولًا : العقود بين الأحياء الناقلة لملكية العقار كالبيع والبدل فيخرج منها الميراث والوصية ، فلا يجب تسجيلها بالنسبة للثالث . ويجب أن يكون العقد ناقلًا للملكية فتخرج القسمة أيضًا لأنها إظهار لا تمليك فلا تخضع للتمليك .

ثانيًا : العقود التي تحمل تنازلًا عن الملكية يجب أن تسجل .

ثالثًا : الأحكام التي تتضمن وجود اتفاقات شفوية من طبيعة ما نص عليه في البنود السابقة .

(**أولًا وثانيًا**) هذا في الاتفاقات الأولية والشفوية ، لكن إذا كان الاتفاق شفويا وصدر الحكم به فيجب أن يأمر القاضي بتسجيله .

رابعًا : كل حكم مرسى مزاد إلا حكم مرسى البيع على الشريك أو الوارث لعدم إمكان قسمة العقار ؛ لأن حكم مرسى المزاد على وارث أو شريك في عقار غير قابل للقسمة حكم إظهاري كالقسمة ، فلا يسجل بخلاف حكم مرسى المزاد على غير هذين فإنه يسجل لنقل التكليف به .

ما يترتب على عدم التسجيل لنقل الملكية :

يترتب على عدم نقل التكليف أن المشترى لا يصبح مالكًا بالنسبة للغير . وإلى أن ينقل التكليف فالبائع هو المالك ، فلو رتب البائع حقوقًا عينية على العين المباعة

بعد البيع وقبل نقل التكليف فهي صحيحة ويتحملها المشترى .

ويشترط ليكون الشخص غيرًا أو ثالثًا كنص قانون سنة 1855 (أن يكون له حقوق على العقار محفوظة طبقًا للقوانين) وليس المراد كل من له مصلحة ، فينتج من هذا :

1 – ملك حق على العقار .

2 – كون الحق خاضعًا للعلانية (كنقل التكليف) .

3 – وأن يكون الشكل لهذا الحق مستوفيًا للشروط القانونية . وعلى هذا فالغير هنا هو :

أولًا : المشتري الثاني للعقار الذي سجل ونقل التكليف .

ثانيًا : الدائن الراهن الذي سجل رهنه قبل نقل التكليف للمشتري .

ثالثًا : المستحقون لحقوق عينية (التمتع – الغاروقة – حق الارتفاق – الاستعمال – السكنى إلخ) .

الأشخاص الذين ليسوا غيرًا ولا ثالثًا ولا يستغلون عدم التسجيل لمصلحتهم هم :

1 – البائع ووارثه . 2 – المشتري وورثته .

3 – الدائنون العاديون للبائع .

4 – الموصى له بعنوان خاص من بائع العقار الموصى به [1] .

بند [9] التشريع الإسلامي

تنتقل ملكية المبيع كما سبق بمجرد إتمام عقد البيع أو البدل في العقار والمنقول ، ولا يشترط في صحة البيع التسليم للمشترى على القول الأصح والراجح ؛ فتكفي إرادة المتعاقدين في نقل الملكية قِبَلَ المتعاقدين أنفسهما وَقِبَلَ الغير .

غير أن المصلحة العامة إذا اقتضت تقييد نقل الملكية في العقار بشرط التسجيل

(1) انظر : البنود من 2196 إلى 2203 ، في الباب العاشر ، من الكتاب الثامن عشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 193 : 196 .

ونقل التكليف فلا مانع مع ذلك شرعا ؛ لأن الغرض من هذا أحكام تمنع التلاعب بمصالح الناس ، وتجعل سليمي النية بمأمن من شراك النصب والاحتيال . فإذا فرضنا أن بائع عقار باعه لآخر ، وبعد تمام البيع اتفق مع آخر على إثقاله برهن أو بحق عيني ؛ وبما أن شرط التسجيل في العقار لم يكن واجبًا فللمرتهن حق على المبيع وربما يستغرق ثمنه ، ولو عاد المشتري على البائع ربما لا يجد عنده شيئًا وفي هذا ضياع لأموال الناس . ولو فرضنا وباع عقارًا ، ولم يسلمه ثم باعه لآخر وقبض الثمنين وهو فقير ، أو أخفى يساره ، أو سافر ولم يوجد مرجح للبينة ، ولم نعلم المتقدم مثلًا ، أو علم وقضى به فتذهب أموال الناس هباء . ولولى الأمر تقييد العقود بما فيه المصلحة العامة بحيث لا يخرج عن الأصول الشرعية ، ولا يحل حرامًا ولا يحرم حلالًا فالواجب اتباع ذلك شرعًا [1] .

والحالة الآن في مصر سنة 1362 هـ وسنة 1943 م تقضى بأن من باع عقارًا يجب أن يكون التوقيع على البيع أمام مسجل العقود في المحاكم (الشرعية والأهلية والمختلطة) [2] وعلى البائع أن يستخرج ثلاث شهادات عن تصرفات بائع العقار في عشر سنين مضت لوقت البيع (من المحكمة الشرعية ،

---

(1) يتفق ذلك مع المادة 394 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، هي وتطابق المادة 535 من التقنين العراقي والمادة 488 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجردًا من كل حق آخر وأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية إليه » ، كما تقابل المادتين 466 ، 467 من التقنين الكويتي : فالمادة 466 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا لم يكن من مقتضي البيع أن ينقل الملكية فور إبرامه وجب علي البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها ، وأن يمتنع من أي عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلًا أو عسيرًا » .

وتنبني أحكام هذه المواد على الأصل الشرعي الذي يوجب الوفاء بالعقود ، ، وهو ما يقضي بتمكين المشتري من الحصول على مقصود العقد وثمرته .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

(2) يجب الالتفات إلى أن انتقال الملك في الفقه الإسلامي بمجرد العقد فور إبرامه ، سواء كان المبيع عقارًا أو منقولًا ، ودون حاجة إلى أي إجراء آخر ، وهو ما عبرت عنه المواد 74 من مرشد الحيران . غير أنه قد انتهى الأمر في القوانين المدنية العربية إلى التفريق بين المنقول والعقار ، وإيجاب اتباع قواعد إجراءات الشهر العقاري لنقل الملكية في العقارات ، فيما نصت عليه المواد 890 من التقنين الكويتي ، والمادة 934 من القانون المدني المصري ، والمادة 902 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة 1148 من التقنين =

والأهلية، والمختلطة في دائرة العقار باسم البائع) وبذلك يأمن المشترى غائلة التدليس والغش [1] .

لهذا لا يرى التشريع السماوي مانعًا من هذا التشريع حيث كثر الغش والخديعة، وتفنن الناس في أكل أموال الناس بالباطل، حتى اعتبر قانون التسجيل أن كل عقد ببيع عقار لم يوقع عليه أمام محكمة رسمية ولم ينقل به التكليف لا يفيد الملكية حتى بين الطرفين المتعاقدين فضلًا عن الشخص الثالث . فلو تعاقد البائع مع المشتري بعقد عرفي على بيع عقار، ثم تعاقد مع آخر بعقد رسمي وسجله ونقل بموجبه التكليف فالمشترى الثاني أحق بالعقار من الأول . أما العقار الموروث فلا يجب تسجيله ونقل التكليف به ؛ لأن الميراث من أسباب الملكية، وهي مبتدأة من تاريخ وفاة المورث فلا شك في أنها ملكية رسمية لها ابتداء ثابت، وكذلك القسمة، فليست ابتداء ملكية بل هي إقرار إذا كانت بين شركاء، وحكم مرسى المزاد على الشريك أو الوارث فيما لا ينقسم لأنه لا يخرج عن تحديد نصيب المالك بعد أن كان شائعًا أصبح لواحد، فهو ليس ابتداء ملك ؛ لأن ما كان للكل أصبح للجزء .

وأما حكم مرسى المزاد من جهة تملك هذا فمن المصلحة تسجيله لجواز تصرف المالك الأول الذي نزعت ملكيته في العقار المباع، وإن كانت الملكية ثابتة رسميًا بحكم مرسى المزاد فيكون هذا غشًا يصح أن يقع فيه الشخص الثالث من مالك العقار المباع عليه، ولو أهمل المشترى التوقيع على العقد رسميًا وتسجيل العقد ونقل العقار باسمه فيتحمل كل تصرفات المالك الذي لا زال باسمه وإن كان يقاضيه، ولكن الشخص الثالث لا شيء عليه، وحقه ثابت .

= الأردني . ويستند هذا التطور إلى ما لاحظه المؤلف من حماية مصالح المتعاملين في العقارات بالبيع أو الرهن أو غيرهما . ولهذا التطور سنده الشرعي ؛ لأن هدفه حماية مصالح المتعاملين في العقار، والقاعدة الشرعية أن « التصرف على الرعية منوط بالمصلحة » (م 85 من المجلة) .

(1) عن اشتراط الإرادة وكونها ركنا في العقد يقول الدردير : وصيغة أو ما يقوم مقامها مما يدل على الرضا من قول أو إشارة أو كتابة . الشرح الصغير جـ 3 ص 1 .

ولا يمكن للمشتري الذي لم يسجل ولم ينقل التكليف أن يعارض المشتري الثاني الذي نقل التكليف ، ولا الراهن كذلك ، ولا المستحقين لحقوق عينية متى سجلوا حقوقهم قبل المشترى الأول ، وهذا بناء على التشريع الحديث وقانون التسجيل الحديث ، وعلى أن العمل به واجب إجابة لقول الله تعالى : ﴿ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ ﴾ (1) وهذا أمر لتنظيم عمل من واجبات الهيئة الاجتماعية تنظيمه بما فيه الأصلح ، ولا يصح للبائع ولا للمشترى نقض ما تم من جهتهما إلا باتفاقهما من الإقالة في البيع مثلا أو البدل ، فمتى وقع العقد صحيحًا وجب على كل منهما القيام بما التزم به من جهته ؛ فليس للبائع الرجوع ولا للمشترى كذلك بحجة أن البيع في العقار متوقف على التسجيل ونقل الملكية ، وكذلك ليس لورثتهم ولا للموصى لهم نقض ما تم من جهة مورثيهم ، والدائنون العاديون لا يمتازون على أمثالهم فيحاصون بقيمة دينهم فيما هو تركة بعد الوفاة .

وأما الدائنون الممتازون فلهم الأولوية على رهنهم دون بقية الدائنين حتى يستوفوا حقهم .

بند [10] القانون الفرنسي

نقل ملكية العقار فيما بين الطرفين المتعاقدين والشخص الثالث في الهبة بين الأحياء : في القانون المدني النص صريح على وجوب التسجيل لنقل التكليف في الهبة بين الأحياء بالنسبة للشخص الثالث والطرفين .

في سنة 1539 كانت الأوامر تقضى بتسجيل كل هبة منقولة وعقارية في سجل المحكمة بالنسبة للشخص الثالث ، وكذلك بقيت إلى سنة 1731م ، وفي القانون المدني حفظ نقل التكليف في العقار بالنسبة للشخص الثالث .

عدم نقل التكليف في العقار الموهوب بالنسبة للغير : القاعدة أنه ما دام الموهوب إليه لم ينقل التكليف باسمه فليس بمالك ، والمالك هو الواهب للعقار الموهوب ، وأحكامه كأحكام البيع سواء بسواء قبل التكليف وبعد البيع .

---

(1) سورة النساء : الآية رقم 59 .

والشخص الثالث هو كل شخص له مصلحة ، ما عدا المكلفين بنقل التكليف ومن تلقى عنهم الملك وما عدا المعطِي (الواهب) فالشخص الثالث هنا :

أولًا : من ذكروا في قانون 1855 بالنسبة للبيع ، وهم هنا كذلك بالنسبة للهبة .

ثانيًا : الدائنون بورقة عرفية للواهب . **ثالثًا** : الموصى لهم بعنوان خاص .

كل هؤلاء لهم الحق في الانتفاع بعد نقل التكليف في الهبة ؛ لأن لهم مصلحة .

وليس من الشخص الثالث من يأتي ، فلا ينتفعون من عدم نقل التكليف وهم :

1 - الواهب . 2 - الموهوب له وورثته .

3 - الأشخاص المكلفون قانونًا بالتسجيل لنقل التكليف . (الزوج بالنسبة لزوجته ، الوصي لمحجوره أو لقاصره) ، ومن يتلقى عنهم الحق .

حصل خلاف في انتفاع وارث الواهب بعدم نقل التكليف ، فبعضهم أعطاه حكم مورثه ، وهو ممنوع ، وبعضهم أجاز له ذلك [1] .

بند [11] التشريع الإسلامي

إن عقد الهبة يتم بالإيجاب [2] والقبول [3] . ومتى تمت ممن تصح هبته وكان

---

(1) انظر : بند 931 وبند 932 ، في الفصل الأول من الباب الرابع ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 206 ، 207 .

(2) تشير لذلك المادتان 460 ، 461 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، وتتضمن هاتان المادتان اشتراط قبول الموهوب له للزوم الهبة ، فإن كان الموهوب له جنينًا قام وليه مقامه في هذا القبول ، حتى ولو كان هو الواهب نفسه . لكن لا تكون الهبة لازمة في العقار إلا إذا حررت بورقة رسمية بخلاف المنقول الذي قد تلزم فيه الهبة بمجرد القبض . وهو ماتشير إليه المادتان 602 ، 603 من التقنين العراقي والمادة 566 من التقنين الأردني ، ونصها :

1 - يتوقف نفاذ عقد الهبة على أي إجراء تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية عليه ، ويجوز لكل من طرفي العقد استكمال الإجراءات اللازمة .

2 - وتتم في المنقول بالقبض دون حاجة إلى تسجيل . والمادة 525 من التقنين الكويتي ونصها :

1 - لا تنعقد الهبة إلا إذا اقترنت بقبض الموهوب أو وثقت في محرر رسمي .

2 - ويعتبر العقد قد تم ولو بقى الشيء في يد الواهب إذا كان وليًا أو وصيًا أو قيمًا أو قائمًا على تربية الموهوب له .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادتان 460 ، 461) .

(3) قاعدة : عقد الهبة يتم بالإيجاب والقبول .

الموهوب له ممن يصح أن يوهب له وكان ما وهب مملوكًا للواهب [1] فقد ملك الموهوب له الهبة ودخلت في ملكه عقارًا أو منقولًا . وليس بشرط تسجيل نقل التكليف في العقار . وأما القبض في الهبة فليس شرطًا في صحتها [2] ؛ فيجبر الواهب على دفع الهبة للموهوب له ، « فإن تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض مرضًا اتصل بالموت بطلت الهبة . وللموهوب له إذا باع الواهب الهبة وعلم فتوانى له الثمن . وإن قام في الفور كان له الموهوب ، فالقبض عند مالك من شروط التمام لا من شروط الصحة كالبيع » [3] .

وعلى هذا فالهبة تمليك العين الموهوبة للموهوب له بمجرد العقد ؛ فللموهوب له معارضة أي شخص بحق الملكية الناتجة عن الهبة . وقد خرجت عن ملك الواهب بمجرد عقد الهبة فليس له حق التصرف فيها ؛ فلو مات الموهوب له بعد قبول الهبة وقبضها كانت الهبة من تركته لورثته . فإن قبل الهبة ولم يقبضها وقاضى الواهب ، وبقيت للحكم ومات استحق ورثته الهبة [4] .

---

(1) شرط الواهب أن يكون أهلًا للتبرع ، وشرط الموهوب : أن يكون مملوكا للواهب ، وشرط الموهوب له : أن يكون أهلًا لأن يملك ما وهب له . الشرح الصغير (339/3) .

(2) جاء في بداية المجتهد : قال أحمد ، وأبو ثور : تصح الهبة بالعقد ، وليس القبض من شروطها أصلا لا شرط تمام ، ولا من شرط صحة » . بداية المجتهد ، ونهاية المقتصد (329/2) .

وفيه – أيضا – قال مالك : « ينعقد عقد الهبة بالقبول ، ويجبر على القبض ، كالبيع سواء » بداية المجتهد (329/2)

ومرجع هذا إلى أحكام الفقه الإسلامي فيما أشارت إليه المادة 855 من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر .

(3) « إذا تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب ، أو مرض بطلت الهبة ، وله إذا باع تفصيل إن علم فتوانى لم يكن له إلا الثمن ، وإن قام في الفور كان له الموهوب » بداية المجتهد (329/2) .

(4) يقابل ذلك ما ورد بالمادة 465 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، وهي تتفق في حكمها مع المادة567 من التقنين الأردني ، ونصها : « يلتزم الواهب بتسليم الموهوب إلى الموهوب له ، ويتبع في ذلك أحكام تسليم المبيع » .

وهي تتفق في حكمها مع المادة 1/535 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « يلتزم الواهب بتسليم المال الموهوب إذا لم يكن الموهوب له قد قبضه . وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع » . والسند الشرعي لوجوب التسليم ما يراه المالكية من أن الهبة تنعقد صحيحة لازمة للواهب ناقلة للملك بمجرد العقد . ويجبر الواهب على التسليم (انظر مادة 530 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ومذكرتها الإيضاحية) .

وبما أن نقل التكليف ليس بشرط في الهبة ، وإنما القبض هو شرط تمامها لا شرط صحتها فيتلقى الوارث عن مورثه ما تملكه حال حياته ، وسيأتي ذلك مفصلًا في الهبة [1] .

بند [12] النظام العملي في ترتيب نقل التكليف

القانون الفرنسي :

الطريقة الفرنسية : علانية الحقوق العينية العقارية مضمونة ومحفوظة في سجلات موجودة في الأقسام الإدارية بإدارة موظف إداري يتبع وزارة المالية (أمين الرهون) ، ويوجد ثلاثة سجلات : سجل التسجيل لنقل التكليف ، سجل سقوط الحق بمضي المدة ، سجل نقل التكليف في الحجوزات العقارية ، وفي الثلاثة السجلات يكون العمل بتاريخ الإيداع في قلم التسجيل ، ويوضح جميع البيانات (اسم وجد وأب وسكن إلخ) بما لا يدع مجالًا للاختلاف بين شخصين .

ينتج عن هذا أن السجلات لا تقدم خدمة عن حالة العقار القضائية بل تقدم خدمة عن حالة الشخص وتصرفاته ، فالعلانية شخصية لا عينية فيحصل عدة عقبات كبيرة لأنه :

1 - لم يعرف اسم الشخص المالك الحالي أو على الأقل أحد الملاك السابقين للعقار ، فلا يمكن معرفة حقيقة العقار من حافظ سجلات التكليف .

2 - لا يمكن لحافظ السجلات أن يخبر أن واضع اليد هو المالك الحقيقي ، أو أن هذا العقار مثقل بالالتزامات أم لا فقط يخبرك أن هناك تكليفًا ، أو سقوط الحق بمضي المدة .

3 - يجوز حصول خطأ في الأسماء فيكون ما أعطى من معلومات خاطئًا ، ومن هذا يعلم أن العلانية التي يتطلبها سجل الرهونات علانية خاصة بشخص التصرف لا علانية عامة من كل شخص على هذا العقار .

---

(1) يقول الدردير : الهبة من التبرعات المندوبة كالصدقة ، وهي تمليك من له التبرع ذاتا تنقل شرعًا بلا عوض . الشرح الصغير جـ 3 ص 327 وبداية المجتهد جـ 2 ص 332 .

طريقة الكتب المالية في بروسيا [1] : وهي مقابلة للطريقة الفرنسية ، وهي أن العقار له كتابه المالي المرصود فيه حالة العقار القانونية من رهن ونقل تكليف ، وحقوق عينية وخلافه ، وبه تقدر حالة العقار بكل تأكيد . فالعلانية ليست علانية شخصية بل علانية عينية وليست خاصة بل عامة . والبيع العقاري موكول إلى قاض يبحث أولًا في طلبات نقل التكليف ثم يبحث هل الكتب المالية للعقار مستوفية الشروط القانونية ، هل البائع هو المالك الحقيقي ، هل هو أهل للبيع وهل المشترى أهل للتعاقد وهكذا . ومن كتب مالكًا لهذا العقار بموجب هذا الكتاب المالي فهو مالك حقيقة ، ويمكن التعاقد معه بكل اطمئنان .

طريقة عمل تورنس الأسترالي : هذا القانون وضع ملكية العقار بأستراليا سنة 1872 ، وأقره البرلمان الاسترالي ، والذي قدمه له أحد نوابه « روبير تورنس » بعنوان الملكية العينية .

تشابه الطريقة البروسية والأسترالية :

أولًا : تتشابه الطريقتان في أن السجل مكتوب باسم الأرض لا باسم المالك .

ثانيًا : حافظ سجل التسجيلات قاض ، والمساواة هي التي تنطبق .

وتختص طريقة تورنس بالآتي :

أولًا : كل الأرض ليست خاضعة لهذا النظام . فقط الأرض العامة المباعة من الحكومة للأهالي ، فإن أراد أحد الأهالي المعاملة بهذا النظام فعليه طلب تسجيل أملاكه من رئيس السجلات الذي يبحث دليل الملكية ثم يجعل القانون ساريًا عليها ، ويتخذ طريقة العلانية لصالح الشخص الثالث .

ونتيجة تسجيل الأرض لتدخل ضمن نطاق هذا القانون أن ملكية المالك تصبح غير قابلة للمعارضة من أي شخص .

ثانيًا : تعطى شهادة مطابقة للسجل إلى المالك تصف حالة العقار ، مع

---

(1) بروسيا : هي مملكة ألمانية سابقة ، كان النزاع على حدودها من أبرز مشاكل الحربين العالميتين ، فبعد هزيمة ألمانيا عام 1918 م قسمت بروسيا إلى شرقية وغربية ومنحت معاهدة فرساي معظم بروسيا الغربية إلى بولندا بما في ذلك ميناء مميل وحولت دانزج إلى مدينة حرة مكونة بذلك ممرا يفصل جسم ألمانيا عن بروسيا الشرقية ، وهو ما عرف بالممر البولندي (القاموس السياسي لأحمد عطية ص 243) .

إيضاح كل الحقوق المترتبة عليه ، فإذا أراد المالك بيع عقاره قدم طلبًا إلى رئيس السجلات مع دليل ملكيته ثم يملأ خانات استعلامية فيبحث جميع ذلك رئيس السجلات ثم يؤشر بالبيع في السجل ويسلم للمشتري حجة ملك جديدة مع إلغائه من البائع .

وقد بحث المشرعون بفرنسا حالة النقص الموجودة في تسجيل العقار ، فقدم مشروع قانون لإصلاح ذلك سنة 1908 فقبله مجلس الشيوخ ولم يمر بعد من مجلس النواب ، ويتضمن أن التسجيل يطبق على ما يأتي زيادة عن قانون سنة 1855 .

أولًا : على كل عمل فيه إقرار بالملكية كالقسمة .

ثانيًا : على كل عمل ناقل للملكية بالموت كالميراث والوصية [1] .

بند [13]

التشريع الإسلامي : كل هذه نظم لأحكام عملية التسجيل ونقل الملكية والمحافظة على مصالح الشعب العامة وهو ما يدعو إليه التشريع السماوي ولا ينافيه؛ لهذا يجب العمل به وخصوصًا الطريقة الشخصية للعقار المملوك لا للمالك وكون من يتولى إجراءات البيع أو نقل الملكية وبحث مستندات الملكية رجلًا من رجال القانون ، فهو أضمن وأصلح للمتعاقدين .

بند [14] سقوط الحق بسبب مضى المدة المملكة

أو الملكية بوضع اليد

القانون الفرنسي :

نظرة عامة : سقوط الحق بمضي المدة محدود بالقانون ، وهو سبب الملكية أو وضع اليد مدة من الوقت بشروط محدودة قانونًا . والملكية بوضع اليد قسمان :

(1) وضع اليد المدة الطويلة المملِّكة أو الملكية بوضع اليد .

(2) سقوط الحق بمضي الزمن ، أو تلاش وانقراض ، أو إخلاء .

---

(1) انظر : البنود من 2196 إلى 2203 ، في الباب العاشر ، من الكتاب الثامن عشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 193 : 196 .

مقارنة بين السقوطين :

أولًا : بالنظر إلى الوصف : الملكية بوضع اليد تقريبًا هي سبب لإيجاد نتائج من امتلاك فاسد بدون شك قد يكون سببًا في ملكية عقار بدون حجة الملكية بل بوضع اليد فقط .

وأما الملكية بالتلاشي ، أو بالإخلاء ، فهي سبب لرفع دعوى خاصة بحق أهمله صاحبه بعض الوقت .

ثانيًا : بالنظر إلى القاعدة العقلية : الملكية بوضع اليد تكون لغرض تقوية حق الملكية ليس لأنها تجعلها سهلة ، بل لتجعل الدليل ممكنًا لهذا الحق ، فإذا لم يوجد وضع اليد فمن يريد إظهار حق ملكيته فعليه إثبات أنه تملك هذا العقار من ماله الحقيقي . لكن لإثبات أن من تلقى عنه هو المالك الشرعي يلزم الصعود إلى مملك مملكه ، وهكذا حتى يصل إلى أول واضع اليد على العقار . وبسبب وضع اليد يكون دليل الملكية سهلًا ؛ إذ يكفي إثبات أنك تملكت أو من تلقيت عنه الملكية وضع يده المدة القانونية . وأما الملكية بالتلاشي أو الإخلاء فقد رتبت بقصد إبعاد المطالبين بعد مدة طويلة الذين يمكنهم إيجاد اضطراب في الثروات الخاصة ، أو هدم أملاك الأشخاص أو العائلات .

ثالثًا : بالنظر إلى الشروط : في هذه الناحية يوجد فرق أساسي بين القسمين المذكورين ؛ فالملكية بوضع اليد تدل على شرط أساسي هو وضع اليد ، وعلى العكس من ذلك الملكية بالتلاشي ، فلا تستلزم شرطًا غير إهمال صاحب الحق .

رابعًا : بالنظر إلى النتائج : الملكية بوضع اليد تعطى لمن يمكنه التمسك بها دعوى واستثناء ، بينما الملكية بالتلاشي لا تعطى لصاحبها الاستثناء .

يوجد قسمان في الملكية بوضع اليد بالنسبة للمدة :

أولًا : وضع اليد من عشر سنين إلى عشرين سنة حينما يكون واضع اليد له حجة صحيحة وحسن نية .

ثانيًا : وضع اليد ثلاثين عامًا عندما يتخلف واحد من هذين الشرطين أوهما معا .

الشروط المطلوبة للملكية بوضع اليد :

الشروط المطلوبة للملكية بوضع اليد ثلاثة :

أولًا : يجب أن يكون الشيء قابلًا للملكية بوضع اليد : القاعدة أن كل شيء قابل للملكية بوضع اليد ماعدا :

1 - الأشياء غير القابلة للملكية الخاصة كأملاك الدولة العامة ، أو أملاك المديرية أو المراكز العامة .

2 - العقار المدفوع مهرًا للمرأة المتزوجة .

3 - الأملاك الداخلة في الوقف (مرسوم أول مارس سنة 1808) .

هذا خاص بالعقار ، وأما المنقول فلا تطبق عليه هذه الشروط بسبب القاعدة المعروفة (المادة 2279) ولكن يستثنى :

1 - وضع اليد على المنقول بسوء نية لمدة ثلاثين سنة .

2 - وضع اليد على المنقول بحسن نية في المسروق أو الضائع لمدة ثلاث سنوات .

ثانيًا : يجب وجود وضع اليد الحقيقي الخالي من كل عيب ، وأن يكون مستمرا . (يراجع وضع اليد وعيوبه) .

ثالثًا : يجب مرور زمن محدد : يبتدئ زمن سقوط الحق بمضي المدة والتملك من يوم وضع اليد على العقار . ويستثنى من ذلك :

1 - الحقوق المستقبلة الخاضعة لشرط تحقيق وفاة شخص ؛ فإن المدة تبتدئ من يوم الوفاة ، كحق إنقاص الهبة الزائدة قانونًا الذي خص القانون به الورثة . فللوارث رفع دعوى ضد الموهوب له لاسترداد الزيادة في الهبة ؛ فيبتدئ سقوط الحق من يوم وفاة الواهب المورث .

2 - والحق الخاضع لتحقيق شرط كالبيع بشرط ملغٍ أو موقف للملكية كما سبق حكمه على خلاف بين الفقهاء والقضاء ، فالقضاء يقول : إن المدة تبتدئ من يوم تحقيق الشرط ؛ لأن الحق يبتدئ من يوم حصول الشرط فقط ، والفقهاء يقولون : إن المدة تبتدئ من تاريخ وضع اليد على العقار .

حساب المدة : يلاحظ القواعد الآتية :

1 – المدة تحتسب باليوم لا بالساعات .

2 – لا يحسب أول يوم في المدة لأنه دائمًا غير كامل .

3 – تتم المدة المحددة لسقوط الحق والتملك متى جاء آخر يوم ، ولو كان يوم بطالة عامة . فإن ابتدأت المدة من أول إبريل سنة 1892 تنتهي نصف الليل في أول إبريل سنة 1922 لثلاثين سنة [1] .

بند [15]

القانون الروماني – الملكية بوضع اليد المدة الطويلة : التملك بوضع اليد يطبق في حالتين :

أولًا – في حالة تمليك شيء يمكن نقله – معروف أن المشترى مثلًا لا يملك الشيء المباع بمجرد العقد ، بل يملكه بوضع يده عليه سنة إن كان منقولًا ، وسنتين إن كان عقارًا ، فالملكية بوضع اليد في هذا الحالة كانت لتنظيم الملكية الناقصة في الشكل بشرط أن يكون البائع هو المالك الحقيقي .

ثانيًا – في حالة تملك شيء يمكن نقله أم لا من غير مالك : الذي يتلقى الملكية من مالك حقيقي لم تنقل إليه الملكية يصبح مالكًا بوضع اليد سنة في المنقول وسنتين في العقار ، ويشترط في صحة وضع اليد .

1 – ألا يكون الشيء مسروقًا . 2 – أن يكون حسن النية .

3 – أن يكون بسبب صحيح .

وبمضي هذه المدة يصبح واضع اليد مالكًا للعين التي تحت يده بما لها وما عليها من الحقوق العينية [2] .

---

(1) انظر : البنود 2228 إلى 2235 ، في الباب الثاني ، من الكتاب العشرين من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 202 ، 203 .

(2) انظر : الباب السادس (في ضروب اكتساب الملكية بالحيازة) في الكتاب الثاني من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ص 79 – 85 .

بند [16] التشريع الإسلامي

سقوط الحق بمضي المدة أو الملكية بوضع اليد شرعت لغرضين :

أولًا : لإيجاد حالة استقرار وطمأنينة لكل واضع اليد فلا يأتي مدع أيا كان ، ولا بعد مدة أيا كانت ، فيدعي ملكيته لشيء تحت يد الغير بغير حق ، فكان وضع اليد دليلًا في الظاهر على الملكية إن لم يقم دليل آخر أقوى منه .

ثانيًا : جعل وضع اليد دليل الملكية القاطع متى بلغ مدة معينة إلا في أحوال معينة كالغصب والسرقة والحرابة ، فإن وضع اليد ولو طال لا يفيد واضع اليد بشيء [1] .

غير أنه قد يوجد تلاشٍ لعين الحق بمضي الزمن أو بفعل فاعل ؛ فمن سرق منه بعير ثم مكث عند السارق مدة فمتى وجده صاحبه بعينه أخذه ولو طال الزمن . فإن أفناه السارق بأن ذبحه وأكله فإن حق المالك على العين قد تلاشى ، وانتقل من ضمان العين إلى ضمان القيمة في الذمة يوم الغصب أو السرقة ، وقد يكون الترك سببًا في التلاشي كمن يملك دابة تصرف فيها شخص وهو حاضر ساكت لم يعارض ، ومضى على ذلك سنتان ، فليس له المطالبة بها وله الثمن فقط . فإن سكت سنة أخرى ضاع الثمن أيضًا . نظر المشرع الوضعي إلى المدة التي تمضى من تاريخ وضع اليد فجعلها عشرين أو ثلاثين سنة ، ولكن التشريع الإسلامي نظر إلى سبب وضع اليد وأعطى لكل سبب حكمًا ، وربطه بنظام التعامل بين الشركاء أو غير الشركاء والأقارب ، وغير الأقارب .

أما الغصب والسرقة والحرابة فلا مدة فيها ، ولا تَثْبُت الملكية فيها بوضع اليد إطلاقًا . والحكم فيها أن صاحب الشيء المغصوب أو المسروق يأخذ عين شيئه متى وجده بذاته لم يحصل له مفوت في ذاته أو صفاته التي بها وجوده ، وإلا ضمن الغاصب أو السارق القيمة يوم الغصب أو يوم السرقة ، سواء العقار والمنقول . فالكلام إذًا في وضع اليد المفيد للملكية ، ففيه الأقسام الآتية وشروط الحيازة المفيدة للملك في العقار والمنقول .

أولًا : حصول التصرف من واضع اليد كركوب دابة ، أو سكنى ، أو لبس لثوب كتصرف المالك .

---

(1) الواجب على الغاصب إن كان المال قائمًا عنده بعينه لم تدخله زيادة ، ولا نقصان أن يرده بعينه ، وهذا لا خلاف فيه ، فإذا ذهبت عينه فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان مكيلا أو موزونا فإن على الغاصب المثل . بداية المجتهد (317/2) .

ثانيًا : حوز طال كعشرة أشهر فأكثر لا أقل .

ثالثًا : عدم منازع لواضع اليد هذه المدة .

رابعًا : أن ينسب واضع اليد الشيء إلى نفسه ملكًا .

خامسًا : أن تشهد البينة بأن الشيء الموضوع اليد عليه لم يخرج عن ملكه في علمهم بناقل شرعي .

وأقسام وضع اليد المفيد للملكية :

أولًا : في العقار

(1) عشر سنين للأجنبي غير الشريك أو الشريك .

(2) أربعون سنة للقريب والموالي والأصهار شريكًا أو غير شريك .

(3) ستون سنة بين أب وابنه .

ثانيًا : في المنقول

(1) أكثر من عشر سنوات للقريب شريكًا أو غير شريك أبا أو غيره .

(2) أكثر من ثلاث سنين للأجنبي شريكًا أو غير شريك .

(3) سنتان لدابة الركوب وأمة الخدمة لغير الأجنبي الشريك .

(4) سنة واحدة للأجنبي في الثوب ، أو لمن تصرف بحضور صاحب الشيء وسكت ، وسيأتي تفصيل ذلك . وأما الوقف والمغصوب والمسروق ، وأملاك الدولة فلا تنفع الحيازة فيها ولا تتملك بها (وتبتدئ المدة من تاريخ وضع اليد ، ولابد أن تكون المدة المحددة كاملة ، بل قد اشْتُرِط في بعض مواضع الأكثرية عن المدة) . ويستوي وضع اليد المفيد للملكية في العقار والمنقول ، ويبتدئ سقوط الحق بمضي الزمن من وقت العمل والتمكن من التقاضي والخلو من المانع الشرعي . وفي العقود ذات الشرط تبتدئ المدة من تاريخ حصول الشرط [1] .

---

(1) يقول الدردير عن الحيازة أنها في العقار وغيره والحائز إما أجنبي غير شريك وإما شريك وإما قريب وإن حاز أجنبي غير شريك في الشيء المحوز عقارًا والحيازة وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف فيه بهدم أو بناء أو هبة ... الشرح الصغير جـ 4 ص 68 ، 69 ، 70 .

بند [17] المدة الضرورية للتملك بوضع اليد

القانون الفرنسي : المدة الضرورية للتملك بوضع اليد تتغير كالآتي .

أولًا : المدة من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا كان واضع اليد حسن النية ووضْعُ اليد بحق يعنى بحجة صحيحة .

ثانيًا : المدة ثلاثون سنة إذا كان واضع اليد سيئ النية ، أو ليس واضع اليد بحق ، أو هما معًا .

شروط خاصة بالتملك بوضع اليد عشر سنوات إلى 20 سنة .

يشترط لذلك شرطان :

أولًا : وضع اليد بحجة صحيحة : وهو كل عمل قانوني يكون قابلًا لنقل الملكية في حد ذاته وذلك كالبيع ، والإعطاء نظير دفع شيء ، والوصية والهبة بين الأحياء .

وليس من وضع اليد بحجة صحيحة عقد الإيجار ، وعقد الصلح وعقد القسمة وحكم مرسى المزاد لصالح أحد الشركاء ؛ لأنها عقود مظهرة لا ناقلة للملكية .

الحجة المعتبرة قانونًا أو الملغية إطلاقًا لا يعتبر في وضع اليد ولا يكون أساسًا للملكية بوضع اليد من عشر سنوات إلى عشرين سنة كالهبة بعقد عرفي ، ولم يسجلها مسجل العقود أو كانت عقودًا ضد الآداب العامة أو القانون .

الحجة المعيبة بعيب خاص قانوني : كل حجة معيبة بعيب خاص لأن البائع لا يملك العقار المبيع ، أو لأنه ليس أهلًا للتعاقد قانونًا ، أو لأن إرادته كانت غير كاملة في العقد ، تكفي للتملك بوضع اليد ، بل تكفي لمحو هذه العيوب وتجعل وضع اليد صحيحًا يبنى عليه التملك من عشر إلى عشرين سنة .

الحجة الخادعة الفاسدة قانونًا : وهي ما يعتقد واضع اليد أنها صحيحة ومفيدة للملكية ، وهي في الواقع فاسدة لا تكفي للتملك بوضع اليد كوصية ألغاها الموصي بوصية أخرى ، وبقى الموصى له متمسكًا بالوصية الأولى معتقدًا صحتها ؛ فعنده حسن نية لا حجة صحية فقد تخلف أحد الشرطين .

وعلى مدعى الملكية بوضع اليد إثبات أنه حسن النية ، وأن حجته صحيحة بإحضار عقد رسمي أو عقد عرفي ثابت التاريخ . وليس نقل التكليف شرطًا في

التملك بوضع اليد .

ثانيًا – حسن النية : ويكون حسن النية في اعتقاد واضع اليد أن الشخص الذي نقل إليه العقار هو المالك الحقيقي لهذا العقار .

ولا يلزم أن يجهل العيوب الأخرى كعدم الأهلية للتعاقد ، أو عدم الإرادة الكاملة ، فلو تعاقد مع صبي ، أو مع من غشه أو خدعه يكون حسن النية ؛ لأنه مع هذا يعتقد أنه المالك الحقيقي فيملك بوضع اليد في المدة من عشر سنين إلى عشرين سنة .

وهذا بخلاف جهل جميع العيوب في وضع اليد لامتلاك الثمرات ، فهو شرط لازم . ويجب وجود حسن النية عند ابتداء وضع اليد ، ولا يشترط دوامها ، وهذا مخالف أيضًا لما اشترط في تملك الثمار .

حسن النية مفروض بالقانون فعلى من يدعي خلاف ذلك إقامة الدليل . ومع هذا لو ظهر بعد التحري أن ملكية مملك واضع اليد بها عيوب فيصح اتهام واضع اليد بسوء النية ؛ فعليه إثبات جهله بهذه العيوب وقت التملك ، أو أنه وقع في خطأ قانوني معتقدًا صحة حجج التمليك .

يتم التمليك بوضع اليد عشر سنوات إذا كان مالك العقار الذي تقع ملكيته بوضع اليد ساكنًا بدائرة محكمة الاستئناف التابع لها العقار . ويتم التملك بوضع اليد عشرين سنة إذا كان مالك العقار المذكور مقيمًا بغير دائرة محكمة الاستئناف التابع لها العقار [1] .

بند [18]

التشريع الإسلامي : المدة الضرورية للتملك بوضع اليد لكي يكون وضع اليد حجة تفيد الملكية وتعارض الأدلة الأخرى يجب أن تمضي المدد الآتية في وضع اليد ، ويجب النظر للشيء موضوع النزاع ، وذلك :

---

(1) انظر : البنود من 2262 إلى 2270 ، في الباب الخامس من الكتاب العشرين ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني 209 ، 210 .

أولًا : في العقار

1 - عشر سنين في :

(أ) أجنبي غير شريك تصرف فيه بهدم ، أو بناء ، أو هبة ، أو صدقة ، أو زرع ، أو غرس ، أو إيجار ، أو بيع ، أو قطع شجر ، أو فتق عين ، أو إجراء نهر [1] .

(ب) شريك أجنبي تصرف بهدم أو بناء أو غرس أو قطع شجر متى كان هذا العمل كثيرًا عرفًا .

2 - أربعين سنة في :

(1) قريب ونحوه كالموالى ، والأصهار شريكًا ، أو غير شريك [2] .

3 - فوق الستين في :

(1) أب وابنه في هدم وبناء ، فيجب أن يمر زمن تهلك فيه البينات ، وينقطع العلم ؛ فيجب مرور فوق الستين عامًا على الحيازة .

ثانيًا : في المنقول

1 - أكثر من عشر سنين في :

(1) قريب شريكًا أو غير شريك أبا أو غيره .

2 - أكثر من ثلاث سنين في :

(1) أجنبي شريكًا أو غير شريك .

3 - سنتان في دابة الركوب وأمة الخدمة في غير الأجنبي الشريك ، وفي الأجنبي الشريك الزيادة على 3 سنين مع ملاحظة ما يأتي :

أولًا : أن يكون المدعي على الحائز حاضرًا ساكتًا بلا مانع شرعي يمنع التقاضي [3] .

ثانيًا : هذه المدد المحددة في حق البشر ، وأما الوقف فلا يقيد بمدة ، ومثله

---

(1) وإن حاز أجنبي غير شريك في الشيء المحوز عقارًا ، وتصرف فيه بهدم ، أو بناء ، أو هبة ، أو صدقة ، أو زرع ، أو غرس ، أو إيجار ، أو بيع ، أو قطع شجره ونحو ذلك ثم ادعى على الحائز أنه حاضر ساكت بلا مانع له من التكلم عشر سنين ؛ لقوله ﷺ : « من حاز شيئًا عشر سنين فهو له » الشرح الصغير (68/4) .

(2) وفي القريب ونحوه كالموالي ، والأصهار على أظهر الأقوال مطلقا شريكا أو غير شريك ما زاد على أربعين سنة الشرح الصغير (69/4) .

(3) الشرح الصغير (68/4) .

الغصب والسرقة والحرابة ، فلا تفيد الحيازة فيها الملكية فيقضى بالشيء محل النزاع لصاحبه متى وجد بعينه ، فإن فات يقضى بالقيمة يوم الغصب أو السرقة كما سبق .

ثالثًا : هذه المدد تسرى متى كان المالك غائبًا عن مجلس العقد ؛ فإن كان حاضرًا وتصرف المدعي عليه ، ولم ينكر المالك هذا التصرف ، مضى هذا التصرف . ولمن يدعى الملك أخذ الثمن فقط إن لم يطل كسنة ، وإلا فلا ثمن أيضًا بعد السنة . فإن سكت العام بعد العلم ولم يرد فليس له الرد وله أخذ الثمن ما لم يمض ثلاثة أعوام من البيع وإلا سقط حقه منه أيضًا .

رابعًا : تنقص المدة في المنقول متى كان لا يتحمل الطول كالثوب مثلًا فحيازته للأجنبي سنة واحدة . ويجب أن يكون وضع اليد بسبب يقتضي التمليك كالبيع والهبة والوصية . وأما المستأجر والأمين والوكيل وما أشبه فلا يفيدهم وضع اليد في الملكية ، ومتى امتنعوا من رد ما تحت أيديهم وقت طلبه اعتبروا غاصبين .

فإن كانت المنقولات أو العقار تحت يد الحائز بعقد ضد الآداب العامة ، أو عقد محرم ، أو كان المتعاقد ليس أهلًا للتعاقد ، أو كان العقد الذي اعتمد عليه واضع اليد فاسدًا لفقده شرطًا من شروط صحته انتقل هذا التصرف إلى أحكام البيع الفاسد ، فلا ضمان إلا بالقبض . ووجب رد المبيع لبائعه إن لم يفت ببيع أو رهن أو هبة أو تغير سوق أو نقل أو تغير ذات إلخ . ولا غلة لبائعه ؛ لأنه في ضمان المشتري ، والغلة بالضمان . ولا رجوع بالنفقة إلا مالا غلة له فله الرجوع . فإن فات المبيع فاسدًا بيد المشترى مضى بالثمن في المختلف فيه ، فإن كان متفقًا على فساده فبالقيمة يوم القبض . وعلى مدعى الملكية بوضع اليد إثبات شروطها من حصول تصرف كتصرف الملاك ومن عدم منازع له في تلك المدة ومن نسبة الملكية لنفسه ، ومن عدم الخروج عن ملكه بناقل شرعي للملكية . والمفروض أن واضع اليد عنده النية الحسنة لافتراض حمل الناس على الصلاح حتى يثبت غير ذلك . ولا يشترط نقل التكليف في التملك بوضع اليد . ويجب أن يجهل واضع اليد أن من نقل إليه الملكية بأي تصرف

كان غاصبًا أو سارقًا إلخ وإلا عد كالغاصب أو السارق سواء بسواء . فإن جهل الغصب أو السرقة فاز بالغلة وأخذ منه الشيء المسروق أو المغصوب لربه ، ولا ينفعه وضع اليد .

ويجب وجود حسن النية في ابتداء وضع اليد وفي دوامها . ومتى علم أنه لا أساس لوضع يده وجب عليه رده لصاحبه ، أو لمن تلقى عنه الملك متى أمكن ذلك . مدة وضع اليد مبنية على طبيعة الشيء المتنازع فيه وعلى علاقة المتصرف الحائز للعقار أو المنقول بمن يدعى الملكية وعلى علمه ، وعدم علمه ، وهذا هو الأصلح لتقدير المصلحة العامة ، لا على وجود العقار في دائرة محكمة المالك الاستئنافية [1] .

بند [19] إضافة وضع اليد

القانون الفرنسي – إضافة وضع اليد : وهي تتكون من إضافة مدة وضع يد واضع اليد السابق إلى مدة واضع اليد الحالي لتتكون مدة تكفي للتملك بوضع اليد .

فإن كانت الملكية بوصف عام كوارث مثلًا استمر وضع اليد كما كان عند المورث بحسن نية أو بسوء نية بالنظر إلى التملك بوضع اليد – فإن كان مملكه واضعًا يده مؤقتًا ، أو كان مالكًا بسوء نية ، فلا يملك واضع اليد الحالي الانتفاع بالمدة الماضية ولا ينفعه وضع اليد الدائم ولا حسن نيته . بل يجب أن يمر ثلاثون سنة منها مدة وضع يد المملك ، فإن كان المملك حسن النية ومن تلقى عنه الملك الحالي سيئ النية انتفع واضع اليد الحالي بمدة عشر سنين إلى عشرين سنة منهما وضع اليد السابق .

فإن كانت الملكية بوصف خاص كالموصى له بشيء معين في التركة فواضع اليد يبتدئ مدة جديدة ولا علاقة له بمن تلقى عنه الملك . فإن كان واضعًا يده مؤقتًا صح لواضع اليد الحالي ابتداء مدة وضع اليد بحسن نية من تاريخ وضع يده لينتفع بالملكية بوضع اليد من 10 سنين إلى عشرين سنة . وحسن نية واضع اليد

---

(1) ناقش الدردير حيازة الأجنبي غير الشريك في الشرح الصغير جـ 4 ص 68 ، 69 ص 70 .

السابق لا تنفع واضع اليد الحالي متى كان سيئ النية ، فيجب مرور ثلاثين سنة فقط يجوز له إضافة وضع اليد السابق لبلوغ الثلاثين .

وقف مدة وضع اليد للتملك بها .

وهو وقف مؤقت في مدة مضي المدة . ونتيجة ذلك منع مضي المدة مادام سبب الوقف موجودًا ، فإن زال السبب ابتدأ مضي المدة من النقطة التي توقف عندها بمعنى أن الزمن الذي مضى لحين الوقوف يضم إلى الزمن الذي ابتدأ .

أسباب وقوف المدة بنص القانون :

أولًا : تقف مدة وضع اليد ضد القصر المرفوع عنهم الوصاية وغير المرفوع عنهم، وضد المحجور عليهم قضائيًا حفظًا لحقوقهم من الضياع ، فلا يمر الوقت محسوبًا على من ذكر مدة القصر أو الحجر .

ثانيًا : تقف مدة وضع اليد بين الزوجين ، مادام الزواج قائمًا محافظة على العلاقة الزوجية من خطر التباغض والنزاع .

ثالثًا : في الأصل لا تقف المدة بالنسبة للمرأة المتزوجة كما تقف بالنسبة للقصر والمحجور عليهم حتى بالنسبة للأملاك التي للزوج حق إدارتها ماعدا الرجوع عليه . ولكن يستثنى من ذلك أن المدة تقف لصالح المرأة المتزوجة في الأحوال الآتية :

1 – في نظام زواج المهر بالنسبة للعقار المدفوع مهرًا .

2 – في نظام الشركة الزوجية حتى تختار الزوجة مال الشركة أو ترفض .

3 – في كل أنظمة الزواج الأخرى إذا باع الزوج أملاك زوجته الخاصة بدون رضاها .

ولا تقف المدة لصالح ناقصي العقل غير المحجور عليهم قضائيًا ، حتى ولو كانوا في مستشفى فاقدي الشعور ، ولا لصالح الشخص المعين له مستشار قانوني ، ولا لصالح الشخص المحجور عليه قانونًا عقابًا له لا حماية له ، ولا لصالح تاجر مفلس في مدة رفع يده .

وفي كل حال يوجد مانع قانوني أو فعلي من مباشرة أو رفع دعوى الاسترداد

حصل خلاف بين المذاهب والقضاء ، فالقضاء يقول تقف المدة المقررة للتملك بوضع اليد حتى يزول السبب ، والمتشرعون يقولون لا تقف المدة في غير ما نص عليه قانونًا [1] .

بند [20] التشريع الإسلامي

يشترط في صحة قبول دعوى المدعي على واضع اليد في مدة الحيازة المعتبرة شرعًا :

1 – أن يكون حاضرًا بالبلد لم يخف عليه أمر الشيء المحوز لقربه منه . فلو كان حاضرًا وهو غير عالم فله القيام إذا أثبت عدم علمه . ولا يعتبر مضي مدة الحيازة الشرعية إلا وقت علمه .

2 – أن يسكت بعد علمه بوضع اليد وتمضى بعد علمه وسكوته مدة الحيازة ؛ فلو نازع أو قاضى فلا يسقط حقه بمضي المدة . ولا يعتبر مضي المدة حيازة شرعية إلا من يوم سكوته حتى مضت المدة .

3 – ألا يكون عند المدعي على واضع اليد عذر حسي أو قهري أو مانع شرعي يمنعه من القيام بحقه . فإن كان غائبًا أو حاضرًا ومنعه من التقاضي مانع فإنها تسمع بينته ودعواه . ولا تعتبر مدة الحيازة الشرعية في حقه إلا بعد زوال العذر الشرعي القائم . ومن الموانع الشرعية [2] : الصغر ، والسفه ، والجنون ، وخوف سطوة ظالم ، أو بطش واضع اليد .

---

(1) انظر : البند 2235 من الباب الثاني ، كذلك البنود من 2251 إلى 2259 في الفصل الثاني ، من الباب الرابع ، من الكتاب العشرين ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 203 ، 206 ، 207 ، 208 .

(2) هذا النص يقابل المادة 949 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « من حاز حق ملكية أو حقا عينيا آخر على عقار غير مقيد في السجل العيني أو حاز حق ملكية أو حقا عينيا آخر على منقول مدة خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى بالملكية أو بحق عيني آخر من أحد بعد تركها طوال هذه المدة بغير عذر شرعي » ، وهي تتفق مع المادة 1/1158 من التقنين العراقي ، المادة 1181 من التقنين الأردني ، المادة 935 من الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ص 387 ، 388) .

4 - ألا يكون واضع اليد غير مشهور بالعداء ، والغصب ، والسَّرقة لأموال الناس ، فإن كان مشهورًا بذلك فإن الحيازة لا تنفعه .

فإن كان وضع اليد بغصب ، أو سرقة ، أو حرابة فلا يسقط حق الاستحقاق (الاسترداد) مهما طال الزمن مادامت عين الشيء المغتصب ، أو المسروق ، أو المأخوذ حرابة [1] موجودة ؛ فإن فاتت فالضمان بمثل المثلي أو قيمة المقوم ؛ فإن كان الشيء محل النزاع موروثًا أو موهوبًا أو مباعًا ، ولم يكن المورث أو الواهب أو البائع غاصبًا أو سارقًا أو محاربًا ، فإن واضع اليد بحسن نية ينتفع بوضع اليد السابقة .

أما الوارث فقد ورث الشيء ، وماله من حقوق كوضع اليد مثلًا والموهوب له كذلك ، وأما المشترى فقد التزم البائع ضمان المبيع من الاستحقاق بمقتضى عقد البيع ، والمفروض في هؤلاء جميعًا حسن النية حتى يثبت خلافه .

فإن كان المشتري والوارث والموهوب له من الغاصب يعلمون بالغصب فهم كالغاصب يجرى فيهم ما جرى فيه من ضمان مثل المثلي أو قيمة المقوم ، ويضمنون الغلة والجائحة [2] السماوية ؛ لأنهم غصاب بعلمهم فيتبع رب المغصوب أيهما شاء . والمعتبر علم المشتري من الغاصب وعلم الناس في موهوب الغاصب . والوارث ضامن لما ورثه عن الغاصب من عين وغلة حتى عند عدم العلم بالغصب اتفاقًا . والمنظور إليه واضع اليد في حسن النية أو سوء النية ، فمن تلقى ملكه عن الأمين الممتنع عن رد الأمانة أو المستأجر أو المستعير الممتنع عن رد العين المؤجرة أو المستعارة فهو غاصب ولا حيازة له متى علم بذلك . وإن لم يعلم فهو حسن النية غير أن وصف الاغتصاب ما زال واقعًا على عين الشيء غير

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 920 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « لا تقوم الحيازة بعمل يأتيه الشخص على أنه من المباحات أو بعمل يتحمله الغير على سبيل التسامح » فيما أشار إليه فقهاء المالكية في حديثهم عن الحيازة بين الأقارب ، مواهب الجليل للحطاب 226/6 ، وهو ما تفيده كذلك المادة 50 من مرشد الحيران ، حيث نصت على أنه « للمبيح أن يرجع عن إباحته ، ولا يلزم بالإذن والرضا » . وهو ما أخذت به المواد 1146 من التقنين العراقي ، 1172 من التقنين الأردني ، 611 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة 920) .

(2) الجائحة : جاحهم جيحا ، وجائحة أي دهاهم وأصابهم . لسان العرب مادة جيح جـ 1 ص 737 .

المردود لصاحبه (العين المستأجرة أو المعارة أو المؤتمن عليها مثلًا) فله استرداده ولا يتقيد بمدة الحيازة الشرعية [1] .

وقف المدة :

لا تسري المدة مادام هناك مانع حسي كغيبة أو عدم علم ، أو زوال أهلية التصرف والتقاضي كالجنون ، أو قيام المانع كصغر أو سفه مثلًا . كل هذا مانع من مضي مدة الحيازة ، فلا تبتدئ مدة الحيازة إلا بعد زوال هذه الموانع ، ولا تحتسب مدة قيام هذه الموانع .

وأما بين الزوجين فلا تقف المدة ؛ لأن لكل واحد منهما التصرف كما يشاء في أملاكه بلا علاقة بينهما إلا تصرف الزوجة بالهبة فيما زاد عن الثلث فموقوف على إجازة الزوج . ولا يمضى إلا بعد علمه وسكوته كما سيأتي ذلك في الهبة .

وأما ناقص العقل وفاقد الشعور فمتى ثبت ذلك خصوصًا إذا كان في مستشفي الأمراض العقلية ؛ فلا تمضي عليه المدة ؛ لأن المحافظة على أملاكه تقضي بحمايته . فلو أجزنا الحيازة وسريانها عليه لعرضنا أملاكه للضياع فهو كالصغير [2] ، وأما نظام المستشار القانوني [3] فغير موجود في التشريع الإسلامي كما سبق . أما وضع

---

(1) يقول الدردير « لو ادعى على الحائز حاضر ساكت بلا مانع له من التكلم عشر سنين لم تسمع دعواه ، واستحقه الحائز لقوله ﷺ « من حاز شيئًا عشر سنين فهو له » .

الشرح الصغير جـ 4 ص 68 ، 69 .

(2) يشير المؤلف بذلك إلى الأعذار المفيدة لسماع دعوى الملك متى حال بين صاحب الحق والمطالبة بحقه عذر شرعي ، وقد أشارت لهذه الأعذار المادة 157 من مرشد الحيران التي نصت على أنه إذا تركت الدعوى لعذر من الأعذار الشرعية في المدة المحددة ، كان ذلك المدعي غائبًا أو قاصرا أو مجنونًا ولا ولي لهما ولا وصي فلا مانع من سماع دعوى الملك أو الإرث أو الوقف مالم يحضر الغائب ويبلغ الصبي ويفيق المجنون ويترك الدعوى بعد حضوره أو بلوغه أو إفاقته مدة تساوي المدة المحددة . وهو ما نصت عليه كذلك المادة 1663 من المجلة العدلية وهو ما أخذت به المواد 909 كويتي ، و 975 مصري ، و 1192 عراقي ، و1186 أردني .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 376) .

(3) يتسق حكم الحيازة بالواسطة مع نصوص الفقه الإسلامي . إذ إن الحيازة بالواسطة إنما تكون بأن يباشر الحائز الأعمال المادية بواسطة شخص آخر يعمل لحسابه . والفقه الإسلامي يتحدث عن اليد التي تكون دليلا على الملك مع التصرف بنحو الوديعة والعارية والإجارة والرهن (انظر قول الزيلعي في فتح القدير جـ 6 =

الصغير تحت الاختبار في أملاكه وإدارتها فهو ملحق بالصغير فتقف مدة الحيازة لأن تصرفه ليس مطلقًا ، بل هو خاضع لوصيه ، ونفاذه ونقصه ، تابع لمصلحته . وأما الشخص المسجون فيمكنه أن يوكل غيره لمباشرة المحافظة على حقوقه فتسري مدة الحيازة عليه . فإن مُنِعَ ولم يمكَّنْ من إقامة وكيل كان هناك مانع حسي من مباشرة حقوقه ، فلا تسري عليه مدة الحيازة الشرعية حتى يفك أسره أو تطلق له حريته ، فتبتدئ المدة في الحيازة . وأما المفلس مدة رفع يده فيمكنه التقاضي . وإن لم يفعل قام دائنوه بماله من الحقوق محافظة على دينهم ؛ فتسري في حقه مدة الحيازة . وفي كل حالة يوجد مانع قانوني كعدم الأهلية أو مانع فِعْلى كالنفي مثلًا وعدم التمكن من التقاضي أو الطلب فإن المدة تقف ، ولا تسرى مدة الحيازة حتى يتمكن صاحب العذر الشرعي من مباشرة حقوقه [1] .

بند [21] قطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد

القانون الفرنسي :

قطع المدة المقررة هو وقوف سريان المدة المقررة للتملك بوضع اليد بحصول بعض أفعال محدودة بالقانون ، بمعنى أن الوقت الذي مضى للآن يُمْحَى ، ولا يصح ضمه للحصول على الملكية بوضع اليد المدة المقررة .

والفرق بين وقف المدة ، وقطع المدة أن وقف المدة هو وقف مؤقت ما دام السبب ، ومتى زال السبب سرت نفس المدة الموقوفة ؛ فيحسب ما مضى من الوقت قبل الوقوف على المدة المبتدأة بعد زوال السبب ، وأن قطع المدة هو زوال للمدة السابقة على السبب القاطع فتبتدئ مدة جديدة للتملك بوضع اليد .

= ص 24 ، 25) وفي شرح النيل وشفاء العليل أنه تجوز الحيازة لجميع الناس ذكرا أو أنثى بالغا أو طفلًا ، حرًا أو عبدًا ، ويحوز الرجل لنفسه ، أو لمن ولي أمره أو لغيره » . وهو ما أخذت به المواد : 951 مصري ، 908 كويتي ، 919 مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 375 ، 336) .

(1) يقول الدردير : وإن حاز أجنبي غير شريك عقارًا وتصرف فيه ثم ادعى على الحائز حاضر ساكت بلا مانع له من التكلم عشْرَ سنين لم تسمع دعواه ولا بينته . الشرح الصغير جـ 4 ص 68 ، 69 .

أسباب قطع المدة :

تقطع المدة بسببين : أحدهما مدني ، والثاني طبيعي .

أولًا – قطع المدة المدني : يوجد سببان لقطع المدة المدني :

1 – المتابعة القضائية ، وهي أعمال قضائية تقطع مدة وضع اليد للتملك .

2 – إعلان الحضور أمام القضاء أيًا كان القاضي (قاضي الصلح ، أو المدني ، أو التجاري) ، وليس لابتداء قضية بل لتأجيلها ، بل أيضًا ردًا على دعوى المدعى عليه ، بل في دعوى مرفوعة من ثالث .

ويعتبر من الأعمال القضائية غير القاطعة لمدة وضع اليد .

1 – حينما يكون طلب الحضور باطلًا شكلًا بشرط أن يكون بطلانه بحكم المحكمة . ومع ذلك فطلب الحضور أمام قاض غير مختص قاطع لمدة وضع اليد .

2 – متى تنازل الطالب عن طلبه فيفترض كأن الطلب لم يكن .

3 – إذا ترك الطالب قضيته سقطت ومضى عليها ثلاث سنوات ، ولم يجدد السير فيها .

4 – إذا رفض الطلب ؛ إذ المفروض أنه رفض لنهاية مدة قبوله ولم يمس نفس الحق .

5 – إعلان الصلح وهو عرض الصلح الابتدائي في غالب الطلبات أمام محكمة الدائرة المدنية وهذا لا يقطع المدة إلا بشرط أن يتبعه إعلان طلب حضور في مدة شهر 2245 م .

نتيجة قطع المدة :

1 – قطع المدة الناتج من متابعة الأعمال القضائية يجعل قضية استرداد العقار مقبولة ، وتمنع المدعى عليه من الوصول إلى التملك بوضع اليد مدة رفع الدعوى ، ولا تسمح بابتداء مدة جديدة لوضع اليد للتملك .

وفي الواقع إما أن تقبل دعوى المدعي ، وهو المالك الحقيقي فيضع يده على العقار ، وإما أن ترفض دعواه وحينئذ يعتبر قطع المدة كأن لم يكن .

2 – الاعتراف بحق المالك متى اعترف واضع اليد بحق المالك انقطعت المدة في

التملك بها ، والاعتراف صريح أو ضمني ؛ فالصريح ما يحصل بأي شكل كان ولو بخطاب خاص ، والضمني كل ظرف يفهم منه الاعتراف بالملكية . ونتيجة ذلك أن المدة التي مضت تعتبر لاغية ، لكن هنا في الاعتراف يمكن أن تبتدئ المدة من جديد ، بخلافها في المتابعة القضائية .

ثانيًا : قطع المدة الطبيعي

يوجد سبب واحد لقطع المدة الطبيعي ، وهو حرمان واضع اليد من التمتع لمدة سنة سواء أكان المانع هو المالك أم غيره .

نتائج التملك بوضع اليد المدة الطويلة .

وضع اليد المدة الطويلة يعطي الملكية لواضع اليد على العقار ، لكن لا يمحو هو نفسه الحقوق العينية المثقل بها العقار . وبيان ذلك :

أولًا : وضع اليد المدة الطويلة يفيد ملكية العقار لواضع اليد ملكية مؤكدة بوضع اليد المدة الطويلة فتملك الملكية بذلك .

ثانيًا : وضع اليد المدة الطويلة لا يمحو الحقوق العينية التي على العقار فيبقى حق التمتع ، وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الانتفاع ، والرهن على العقار فيملك واضع اليد العقار مع بقاء هذه الحقوق على العين المتملكة ؛ فلا تسقط عن العين إلا بمضي المدة المقررة للسقوط فلا علاقة بين السببين ، وإن كانا قد يتفقان إذا ابتدآ معًا وكانت مدتهما 30 ثلاثين سنة .

ثالثًا : التملك بوضع اليد المدة الطويلة لا يمحو الحق الشخصي الذي على العقار .

الدعاوى الشخصية المتعلقة بالعقار المتملك لا تمحى كنتيجة للتملك بوضع اليد المدة الطويلة كدعوى البطلان لعدم الأهلية للتعاقد ، أو لنقص إرادة البائع فيجوز للبائع رفعها ضد واضع اليد ، ولا يسقط هذا الحق إلا بمضي عشر سنوات . كذلك دعوى إرجاع العقار أو دعوى التعويض فلا يسقطان إلا بمضي المدة المقررة لهما قانونًا ووضع القانون قاعدتين لحصول نتائج التملك بوضع اليد .

أولًا : التملك بوضع اليد لا يحصل بموجب القانون بمعنى أن القضاء لا يجب

عليه الحكم به من تلقاء نفسه ، بل لا بد لواضع اليد أن يدعيه صراحة في دعوى الاسترداد .

ثانيًا : نتائج التملك بوضع اليد تنسحب على الماضي ، هذا التملك ينسحب إلى أول يوم وضع اليد على العقار بشكل لا يقبل الجدل .

التنازل عن التملك بوضع اليد : وضع القانون الحالتين التاليتين لإمكان التنازل عن التملك بوضع اليد .

أولًا : لا يمكن التنازل عن وضع اليد مقدمًا .

ثانيًا : يمكن التنازل عن التملك بوضع اليد المدة الطويلة ؛ لأنه حق خاص ولا دخل للحق العام فيه ، فيجوز لصاحبه التنازل عنه . وبما أن التملك بوضع اليد لا يحصل بقوة القانون بل يجب أن يتمسك به من وضع يده بالشروط القانونية ، فلو لم يتمسك به فلا يخرج شيء عن ملكيته . فقط هذا ترك لحق كان يصح له التمسك به ؛ ولذلك يجب فيمن يتنازل أن يكون أهلًا للبيع والتصرفات العقارية ، كما يصح أن يكون التنازل صريحًا أو ضمنًا .

حقوق الدائنين قِبَلَ من تملك بوضع اليد :

الدائنون لهم حقوق في مادة التملك بوضع اليد قبل مدينهم كبقية المواد الأخرى فلهم :

أولًا : المعارضة

يجوز لدائني من تملك بوضع اليد المعارضة بالتملك بوضع اليد بمضي المدة إذا أهمل المدين التمسك بهذا الحق .

ثانيًا : يجوز للدائنين إبطال تنازل مدينهم عن التملك بمضي المدة بدعوى (بولين) متى أضربهم هذا التنازل [1] .

بند [22] التشريع الإسلامي

يشترط في سريان مدة الحيازة أن يكون المدعي حاضرًا بالبلد لم يخف عليه أمر

(1) انظر : البنود من 242 إلى 250 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني من الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 57 : 59 .

المحوز ، وأن يكون ساكتًا فلو كان حاضرًا وعلم ، ثم سكت مدة ثم قام يطالب المدعي بما تحت يده ، فإن المدة التي سبقت الطلب قد بطلت ولا تحتسب في المدة المقررة ؛ فلو سكت المدعي بعد الطلب مدة الحيازة الشرعية فتحسب من وقت سكوته دون المدة التي قبل الطلب ؛ لأنها قطعت .

ومعلوم أن قطع المدة إنما يكون بمحوها ، ووقف المدة يكون بسبب طارئ أوجد عند المدعي عدم القدرة على الطلب ، فتقف المدة مدى قيام المانع . ومتى زال المانع استؤنفت فتحسب على المدة الأولى التي أوقفت .

وسبب قطع المدة هو منازعة المدعي للمدعى عليه في وضع يده أيًا كان نوع النزاع بما يفيد أن المدعى عليه لا حق له في وضع يده وحيازة الشيء المحوز ؛ لأنه ملك للمدعي . والنظر للقاضي فيما يعتبر نزاعًا في وضع اليد من عدمه إذا اختلف المتداعيان في ذلك [1] .

ونتيجة قطع المدة أن النزاع إما أن ينتهي بحكم فاصل أو بترك من المنازع ، فالحكم الفاصل إما بأحقية المدعي للشيء المتنازع فيه وإذن يستلمه ، وإما برفض دعواه لعدم إمكانه إثبات دعواه ، فتكون المدة بعد الفصل بعدم الاستحقاق أو بعد الترك إذا احتاج الأمر لها مستقبلًا . وعلى كل حال لا تتم مدة الحيازة الشرعية بعد قطعها .

ويجوز للحائز أن يعترف بأحقية المدعي بدعواه متى كان حائزًا للصفات التي تجعل اعترافه صحيحًا ، كما يجوز له الاعتراف بعدم أحقيته لما وضع يده عليه بدون تقاض متى كان ذا أهلية شرعية أيضًا . بل يجب عليه الاعتراف بذلك متى علم أنه لا حق له ، وأن المطالب هو المحق فيما يطلب . فإن اعترف بالحق ثم سكت صاحبه عن أخذه وبقي في يد الحائز مدة الحيازة الشرعية من وقت اعترافه وجب عليه رده لمالكه ديانة وَمَلَكَهُ قضاء بمضي المدة إلا إذا كان معتبرًا غاصبًا

---

(1) يشير المؤلف إلى قضية قطع الحيازة بمنازعة الحائز فيها ، وهو ما تعرضت له المادة 1755 من المجلة العدلية ، ونصها : « إذا تنازع شخصان في عقار وادعى كل منهما كونه ذا يدٍ في ذلك العقار فتطلب البينة من كل واحد منهما على كونه ذا اليد » ، وهو ما تناولت أحكامه المواد 963 مدني مصري ، و925 المشروع المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، و913 كويتي و 1175 أردني .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 925) .

كالأمين ، والوكيل ، والمستأجر مثلًا ؛ فلا يفيده وضع اليد المدة الطويلة .

والانقطاع عن استعمال الحق لا يلغي هذا الحق ؛ فلو لم يستعمل واضع اليد المحوز لمدة سنة لأي سبب كان فلا يقطع المدة ما دام المالك الحقيقي عالمًا ساكتًا بلا عذر في مدة الحيازة الشرعية .

التملك بالحيازة المدة الطويلة لا يسقط الحقوق العينية المترتبة على الشيء المحوز ، فلو كان عقارًا مرهونًا أو عقارًا عليه حق ارتفاق ، أو سكنى ، أو مرور مثلًا ، ثم وضع الحائز يده المدة المقررة شرعًا ، فتملَّكه ، فلا يمس هذه الحقوق بشيء متى كانت ثابتة شرعًا . ولأصحابها استعمالها بعد التملك كما كانوا قبل التملك . وكذلك التملك بالحيازة لا يلغي الحقوق الشخصية على العقار كما إذا كان العقار مغتصبًا ، ثم حازه شخص لا يعلم حقيقته مدة الحيازة الشرعية ، فللمالك رفع دعواه لاسترداده ، ولو بعد هذه المدة ، أو كان البائع غير أهل للتعاقد ، واطلع على العقد الولي أو مقدَّمُ القاضي ، ولو بعد هذه المدة ، فله التقاضي ، وفسخ العقد لبطلانه من مجنون أو سفيه أو صبي مثلًا .

ووضع اليد على الشيء المحاز مدة الحيازة حجة للحائز ، والقضاء يقضي بالحجة ، فلا ينتصب القاضي مدافعًا عن المدعى عليه ، إلا إذا كان لجهة وقف وليس للآدمي فيها حق فيجب على المدَّعَى عليه الدفع بالحيازة [1] ، وإلا فلا يقضى القاضي له بذلك من غير طلب . فإن لم يتمسك المدعى عليه بهذا الحق ، وكان مدينًا يخشى عليه عدم السداد بما في يده فلدائنيه التمسك بهذا الحق ، لإدخال المحوز ضمن أملاك مدينهم للسداد منها ، إذا أهمل مدينهم التمسك بهذا الحق . كما أن لهم طلب بطلان تنازل مدينهم عن هذا الحق متى أضرَّبهم تنازله .

ولم يأت (بولين) بقاعدة جديدة ليست مقررة في التشريع الإسلامي حتى ينسب إليه هذا التشريع . وإنما أخذه من التشريع الإسلامي ونسبه لنفسه ، فكان جديدًا ، وتشريعًا محدثًا ؛ ولهذا سمى باسمه ، وسيأتي ذلك مفصلًا في الإفلاس

(1) حق دفع التعرض للحائز أو لمن ينوب عنه أو ممثله القانوني هو ما أشارت إليه المادة 940 من مشروع القانون المدني ، طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . والمادة 923 من التقنين الكويتي . والمادة 1/1175 من التقنين العراقي . (انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

إن شاء اللّه تعالى [1] .

بند [23] إضافة الملحقات للمالك

القانون الفرنسي :

إضافة الملحقات للمالك هي طريقة تمليك الملكية الناتجة عن القاعدة الآتية (كل ما يمكن أن ينضم أو يتجمع إلى شيء مملوك لشخص فهو ملك لمالك الشيء المذكور حسب الترتيب المنصوص عليه قانونًا) .

وما يضاف للملك من الملحقات ثلاثة أشياء :

أولًا : ملحقات عقار إلى عقار .

ثانيًا : ملحقات منقول إلى عقار .

ثالثًا : ملحقات منقول إلى منقول .

أولًا : ملحقات عقار إلى عقار

يفترض القانون في هذه المسألة أن ملكية واقعة بطول مجرى ماء ، فيعرض لها أربعة أحوال لملحقات :

(1) الطمي .

(2) قطعة أرض تقطع من حافة النهر للحافة الأخرى .

(3) الجزر . (4) مجرى النهر المتروك .

(1) الطمي وهو الرواسب المتكاثرة التي تتكون بالتتابع بطول شط نهر أو نبع ، والطمي الذي يتكون من مجرى الماء يتعلق بمالك الشط المجاور ، فيكون ملكًا له بطريق إضافة الملحقات للمالك ، بدون تفرقة بين الأنهر الصالحة للملاحة ، وغير الصالحة لها . وكذلك أرض البحر الذي يكشفها ماؤه من ناحية شط يتحول عنه تكون ملحقة لملك المالك بالإضافة .

والطمي في البرك والمستنقعات لا تطبق عليه إضافة التوابع ؛ فمالك البرك

---

(1) يقول ابن رشد : أجمع العلماء على أن من اغترس نخلًا أو ثمرًا بالجملة ونباتًا في غير أرضه أنه يؤمر بالقلع لما ثبت بالحديث [وليس لعرق ظالم حق] والعرق الظالم عندهم من اغترس في أرض الغير . بداية المجتهد جـ 2 ص 322 .

والمستنقعات يحتفظ دائمًا بالأرض المغطاة بالماء متى كانت الأرض في علو مصرف المستنقع ، إن قُدِّرَ نقص الماء . ومالك البرك والمستنقعات لا يملك الأرض التي يطغي عليها ماء البرك والمستنقعات من الأملاك المجاورة . والطمي الناتج من البحر لا يملكه أحد من المجاورين للبحر ، وإنما تملكه الحكومة ، ويعتبر من أملاكها الخاصة .

(2) قطعة أرض تقطع من حافة وتلحق بحافة أخرى : يقال وجد قطع متى وجدت قطعة كبيرة معروفة من حقل مجاور لمجرى الماء ورفعت بقوة سريعة نحو حقل أسفل منه أو إلى شط مقابل ، وهذه القطعة من الأرض في ملك صاحبها الذي كان يملكها ، وعليه رفع دعوى الاستحقاق في مدة سنة من تاريخ قطعها ، ثم يسقط حقه بعد ذلك ، إلا إذا كان المالك الذي انتقلت بجواره هذه القطعة لم يضع يده عليها .

الجزر الصغيرة والكبيرة التي تتكون في وسط الأنهر القابلة للملاحة أو القابلة للسباحة تكون ملكًا للحكومة ، وتعتبر من أملاكها الخاصة . فإن تكونت هذه الجزر في نهر ليس قابلًا للملاحة ، ولا للسباحة ، فهي ملك لمالك الشط القريب ، باعتبار أن وسط النهر هو الحد الفاصل . فإن كانت في وسط النهر فهي ملك لمالكي الشط مناصفة بينهما . فإن تكونت جزيرة في حقل على الشط فهي ملك لمالك الشط [1] .

مجرى النهر المتروك :

مجرى النهر القابل للملاحة والسباحة إذا تحول عنه الماء وكوَّنَ له مجرى آخر فإن المجرى القديم المتروك يكون ملكًا للحكومة من أملاكها الخاصة . لكن يثبت لمالك الشط الأخذ بالشفعة في هذه الأرض المتروكة . وإن كان مجرى النهر غير قابل للملاحة والعَوْم فإن حق الملكية للمجرى المتروك يكون لمالكي الشط حسب خط وسط النهر .

بند [24] إضافة الملحقات للمالك عقار إلى عقار

التشريع الإسلامي :

أولًا : الطمي وهو الرواسب التي يحملها الماء فتتكون بطول شط النهر أو النبع ؛ فإن كان النهر أو النبع خاصًا في أملاك خاصة يجرى لمصلحة المالك فما تكون فيه

(1) انظر : البنود من 551 إلى 564 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 : 127 .

من الطمي يكون ملكًا خاصًا لمالك النهر أو النبع . وإن كان النهر عامًا لعدة منتفعين سواء أكان صالحًا للملاحة أم لا فما كان فيه من طمي كان ملكًا لمالك الشط المجاور له . فلمجاور الشط الذي تخلف فيه الطمي ، أو الذي ألقاه العمال على شطه وقت التطهير منعُ من يريد أخذه لأنه ملكه [1] . فإن انكشف النهر عن أرض ، وانتقل عنها فإنها تكون ملكًا للمسلمين أي ملكًا للدولة كما كان البحر ، ولا يملكه من يليه من الشط ولا من دخل النهر في ملكه . وللوالي التصرف فيه حسب المصلحة كما يرى في أملاك الدولة [2] . وقال عيسى بن دينار [3] إنها تكون لمن يليه (أي تكون الأرض التي انكشف عنها البحر لصاحب أرض الشط المجاور لتلك الأرض المنكشفة) ، وعليه القضاء والفتيا . والرواسب والطمي في البرك والمستنقعات لمالكها ، ولا يضر ملكيته عدم الاستعمال مدة تغطيتها . فإن طغى ماء البرك والمستنقعات على أرض الغير فلا يملكها مالك البرك والمستنقعات بل تبقى على ملكية صاحبها حتى ينحسر عنها الماء . فإن كان مجرى ماء النهر أو النبع أو السيل مملوكًا لشخص قبل مرور الماء فيه ، أو مملوكًا له بعد مرور الماء فيه ، فإنه يبقى مملوكًا له بعد تحول الماء عنه ، ولا

---

(1) الحكم بملكية الأرض ، التي تتكون مما يجلبه النهر من طمي ، للملاك الذين التصق ذلك بأرضهم هو ما تناولته المادة 887 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، ونصها : « الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكًا للملاك الذين التصقت بأرضهم » ، وهو ما أخذت به المواد 1113 عراقي ، 1131 أردني ، 1240 من مجلة الأحكام العدلية ، ونصها : النهر إذا جاء بطين إلى أرض أحد فهو ملكه لا يسوغ لآخر أن يتعرض له . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة .

(2) رأى عيسى بن دينار في ملكية صاحب الأرض المجاورة لما يطرحه النهر من طمي وما ينكشف عنه من أرض ، شريطة البناء عليها أو استزراعها وإحيائها هو الذي كان عليه العمل في كثير من قوانين البلاد العربية . وطبقًا لذلك فإن سلطة الدولة على الأرض الصحراوية غير المنزرعة كانت سلطة سيادة ، لكنها لم تكن تعتبر من الأموال المملوكة للدَّولة ملكية خاصة . وفي مصر صدر القانون رقم 100 لسنة 1964 لتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة فلم يعد هناك مجال في القانون المصري لتملك الأرض بالاستيلاء المصحوب بالتعمير على النحو السابق الذكر ، وأصبح النظر لهذه الأراضي على أنها مملوكة للدولة ، وهو الرأي المرجوح في الفقه المالكي . ويتفق إسناد ملكية مثل هذه الأراضي للدولة مع ما جاء في المادة 1115 من التقنين العراقي ، والمادة 1135 من التقنين الأردني انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 359 .

(3) هو عيسى بن دينار بن وهب القرطبي ، به وبيحيى انتشر علم مالك بالأندلس ، ولم يسمع مالك ، وسمع ابن القاسم وصحبه ، معوَّل عليه ، وله عشرون كتابًا في سماعه منه . ألف في الفقه ، كتاب « الهدية » عشرة أجزاء ، كان ابن وضاح يقول : هو الذي علم أهل الأندلس الفقه توفي سنة (212 هـ) ترجمته في : سير أعلام النبلاء (152/9) والعبر (363/1) وشجرة النور الذكية (64) .

يملكه أحد غير مالكه الأول ، إلا بوجه شرعي من وجوه التملك . والطمي الخارج من البحر (والمراد بالبحر الملح) والأرض التي تركها وانحسر عنها تكون ملكا للدولة [1] ، يتصرف فيها ولي الأمر كما يرى المصلحة ؛ لأن البحر ملك للدولة فكذا ما نتج عنه من طبيعته لا من خيراته فهي ملك للجميع كالسمك ، والصدف ، إلا إذا قيده الحاكم بتصريح فيجب اتباع أوامره [2] . إذا تحول مجرى الماء أو النهر أو السيل وسط أرض مملوكة لشخص وشطرها شطرين فهما ملك لصاحبهما . وكذا مجرى الماء . وله الانتفاع بالأرض المشطورة بقسميها ، ولا يشاركه فيها أحد .

الجزر صغيرة أو كبيرة والأرض التي حدثت من طمي الأنهر التي تسير فيها السفن تكون مملوكة للحكومة [3] ما لم يكن طرأ عليها تملك من الغير بوجه صحيح . والأراضي والجزائر الحادثة من الطمي داخل الأنهر غير القابلة للملاحة تكون ملكا لصاحب الأرض بالساحل القريبة منه ، فإن تكونت بالوسط أو على الجانبين تقسم بين مجاوري الساحلين ، ويجعل خط وسط النهر فاصلًا بين الشريكين .

مجرى النهر المتروك :

الذي به القضاء أو الفتوى أن جرية الوادي القديمة إذا انصرف عنها إلى ناحية

---

(1) تضمنت المادة 1115 من التقنين العراقي وتتفق مع المادة 1135 من التقنين الأردني والمادة 920 مدني مصري والمادة 889 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية الحكم بأن ملاك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة ، كمياه البحيرات والبرك لا يملكون ما تتكشف عنه هذه المياه من أراضٍ . وبهذا فإن مثل هذه الأراضي تكون على ملك الدولة .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 359) .

(2) تضمنت المادة 885 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة حق الدولة في تنظيم ما يجده الأفراد في الأنهار وباطن الأرض بما لا يخرج عما ذكره المؤلف ، وهو ما تضمنته المواد 879 من التقنين الكويتي ، 1103 من التقنين العراقي ، و 873 من التقنين المصري والمادة 1079 من التقنين الأردني وهو ما أوضحته المادة 148 من مرشد الحيران ، ونصها : « إذا وجد في أرض عشرية أو خراجية مملوكة لشخص معين ، ذهب أو فضة أو حديد أو نحاس أو نحوه من الجوامد التي تنطبع بالنار فإنه يكون ملكًا لمالك الأرض . وعليه الخمس للحكومة . وإن وجدت مملوكة لغير معين كأراضي الحكومة تكون كلها للحكومة .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية) .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في المواد 1234 - 1240 من مجلة الأحكام العدلية ، والمادة 1135 أردني و 1115 عراقي و 919 مصري و 888 من المشروع المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية فيما سبقت الإشارة إليه قبل قليل .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع) .

أخرى ، أو جف وانقطع هي للذين يلونه من جهتيه . ولا تكون مواتًا ، إذا لم تكن مملوكة لأحد . وإلا فهي له ؛ وذلك كنهر بجانب قرية يبس من ناحية منه شيء حتى صار أرضًا تكون لصاحب الأرض التي تلي النهر من الناحية التي يبست إن كانت الأرض لرجل . وإن كانت بورًا لقوم فهي على سبيل البور . فإن كان النهر منشأً على نفقة الأشغال العامة للدولة فهو ملك للأمة . وإن كان مجرى كبيرًا كذلك . والجاري عليه العمل الآن في الديار المصرية أن طرق الري والصرف العامة التي تمر في عدة بلاد هي ملك للدولة ؛ لأن ملكية الأفراد التي تقع في طريقها تنزع ملكيتها للصالح العام وتدفع خزانة الدولة ثمنها لأربابها . فمثل هذه لو جفت ، أو بطل العمل منها لمرورها من جهة أخرى ، فلا يجوز لأحد تملك مجراها ، حتى ولا بوضع اليد المدة الطويلة إلا إذا باعتها الحكومة متى وجدت في بيعها مصلحة . والظاهر أن حكم التشريع الوضعي مبنى على أن مجرى النهر لم يكن ملكًا لأحد ، وإلا لا معنى لتركه لمن يليه من الجانبين بلا مقابل ، وهو من مِلْكِ الدولة الخاص كما يقولون [1] .

بند [25] ثانيًا : ملحقات منقول إلى عقار

القانون الفرنسي : توابع شيء منقول إلى عقار توجد في المزروعات أو المباني أو شيء آخر في الآتي :

أولًا : من زرع أو بنى على ملكه بمنقول الغير .

ثانيًا : من زرع أو بنى على ملك غيره بمنقوله .

ففي مسألة إحداث الزرع أو البناء أو أي شيء آخر على ملكه ، ولكن بأدوات غيره تكون ملكية هذا الشيء المحدث ملكًا للمالك ، ولو كان استعماله لأدوات

(1) القاعدة الفقهية أن الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد من الناس تكون مواتا ، يتملكها الأفراد بإحيائها والاستيلاء عليها بإذن الإمام ، على الخلاف الفقهي في اشتراط الإذن . وقد كان هذا هو الوضع في مصر بموجب المادة 874 من القانون المدني إلى أن صدر القانون رقم 100 لسنة 1964 فأصبحت العقارات المملوكة للدولة تشمل الأراضي الزراعية الواقعة داخل الزمام وأراضي طرح النهر والأراضي الصحراوية والبور والفضاء ، وأوضحت المادة الثالثة من هذا القانون أن الطريق الوحيد لتملك هذه العقارات هو الشراء بطريق التوزيع أو الممارسة أو المزاد العلني . ويتفق هذا التنظيم الذي أتى به هذا القانون مع الرأي الفقهي الذي يشترط إذن الإمام لاكتساب الملكية بالإحياء ، انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 358 .

الغير بسوء نية للقاعدة (من ملك الأرض ملك ما فوقها) ، وللمالك الأدوات الحق في طلب ثمنها من المالك ، وله طلب تعويض عن حرمانه من استعمال أدواته ، ولكن القانون منع حق أخذها بعد أن اتصلت الأرض .

وفي مسألة إحداث الزرع أو البناء أو أي عمل آخر على ملك الغير بأدواته ، تكون ملكية هذه المزروعات والمحدثات إلى مالك الأرض تطبيقًا للقاعدة (من ملك الأرض ملك ما فوقها) . فإن كان الزارع أو الباني مثلًا فعل بسوء نية فمالك الأرض بالخيار : إما إبقاء ما زرع أو بنى مع دفع ثمن الأدوات ، وأجر العمل فقط بدون نظر إلى ما زادته هذه المستحدثات في قيمة الأرض ، وإما إزالتها على حساب من أوجدها مع جواز طلب تعويض عن التلف الذي حصل بسبب هذه المزروعات أو المباني . فإن كان الزارع أو الباني فعل بحسن نية فلا يجبر الفاعل على هدم ما فعل ورفع أنقاضه مثلًا ، بل يخير مالك الأرض إما بدفع ثمن الأدوات وأجرة العمال ، وإما بدفع مبلغ مساو لقيمة ما زاده العقار بعد إحداث المباني أو الزرع إلخ ، ولو كانت أقل من ثمن الأدوات وأجر العمل [1] .

ملاحظة : هذه القواعد لا تطبق على الإصلاحات أو التحسينات أو المباني الموجودة بالفعل بل يجب أن يكون عملًا مستقلًا جديدًا أو ملحقًا بعمل جديد ، ولا تطبق أيضًا على واضع اليد فقط أو المسترد ، بل يطبق أيضًا في العلاقة بين المستأجر والمزارع والمرابع والمتعهد .

بند [26] إضافة منقول إلى العقار

التشريع الإسلامي : البناء والغرس والزرع في ملكه بما يملك الغير ؟ للبحث في هذا الحكم يجب تقسيم الموضوع كالآتي :

أولًا : من بنى أو غرس في ملك الغير وكان غاصبًا أو مشتريًا من غاصب أو وارثًا عنه أو موهوبًا له ويعلمون بالغصب .

ثانيًا : من زرع أرض الغير وكان غاصبًا أو مشتريًا أو وارثًا أو موهوبًا له من

---

(1) انظر : البنود من 551 إلى 564 ، في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 : 126 .

غاصب ويعلم ذلك .

ثالثًا : من بنى أو غرس في ملك الغير ، ولم يكن غاصبًا ولا متلقيًا ملكه عن غاصب أولا يعلم بالغصب .

رابعًا : من زرع في أرض الغير ، ولم يكن غاصبًا ، ولا متلقيًا ملكه عن غاصب ، أو تلقى عنه ولا يعلم بالغصب .

فالمسألة إذًا دائرة بين بناء أو غرس في ملك الغير أو زرع كذلك أو بناء في ملكه بأدوات الغير أو زرع بحب الغير . ولا يخلو الأمر بين أن يكون البناء أو الغرس أو الزرع بحسن نية أو بسوء نية . وأحكام ذلك ما يأتي :

أولًا : من بنى أو غرس في ملك الغير وكان غاصبًا أو مشتريًا من غاصب ، أو وارثًا عنه أو موهوبًا له منه ، ويعلمون بالغصب فيخير رب الشيء المغصوب في أخذ البناء ، أو الغرس مع دفع قيمته منقوضًا أو مقلوعًا ، فإن لم يكن له قيمة كتراب وجص [1] وزوقه بأحمر أو أزرق فيأخذها المغصوب منه بلا دفع شيء . ويحتسب للغاصب أجرة تسوية الأرض والنقض والقلع فيما لا يتولاه الغاصب بنفسه ولا يخدمه فيقال : مثلًا إن نقص البناء أو الشجر = 10 وأجرة من يتولى الهدم والقلع وتسوية الأرض كما كانت = 4 فالغاصب يستحق 6 ، فإن كان الغاصب شأنه أن يتولى ذلك بنفسه أو خدمه غرم له المالك جميع العشرة ، أو يخير رب الشيء المغصوب بين أمره بتسوية أرضه بعد هدم ما بنى وقلع ما غرس [2] .

---

(1) الجص الذي يطلى به وهو معرب وجصص الحائط وغيره طلاه بالجص ومكان جص جصاجص أبيض مستوى ، لسان العرب مادة جصص 630 .

(2) النصوص الفقهية المقابلة لهذه الأحكام والدالة عليها عديدة متنوعة ، من أخصرها ما جاء في المواد 890 ، 891 ، 899 ، 906 ، 907 من مجلة الأحكام العدلية وفي القوانين الفقهية لابن جزي ص 317 وفي القواعد الفقهية لابن رجب ص 154 ، 155 ، والمادة 893 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، ونصها :

1 - إذا أحدث شخص بمواد من عنده بناء أو منشآت أخرى أو غراسا على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره وأنه ليس له الحق في إحداث تلك المنشآت عليها ، أو كان جهله بذلك ناشئا عن خطأ جسيم ، كان لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أحدثها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإحداثها . فإن لم يطلب الإزالة أو طلب استبقاء المنشآت التزم بدفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد بسببها في قيمة الأرض .

=

ثانيًا : من زرع أرض الغير وكان غاصبًا أو مشتريًا من غاصب ، أو وارثًا له أو موهوبًا له منه ، وهم يعلمون بالغصب فالحكم على التفصيل الآتي :

1 – إن لم ينتفع بالزرع بأن لم يبلغ حد الانتفاع به سواء برز على وجه الأرض أم لا أخذه رب الأرض المغصوبة بلا مقابل لا في البذر ولا في العمل ، وإن شاء أمره بقلعه .

2 – إن بلغ حد الانتفاع به ولو لرعي فلصاحب الأرض أمره بقلعه وتسوية أرضه إن لم يفت وقت ما تراد الأرض له مما شأنه أن يزرع غالبًا (أي موسم زرعها) وله أخذه بقيمته مقلوعًا بعد إسقاط كلفة لم يتولها الغاصب .

3 – فإن فات وقت ما تراد الأرض له من الزراعة فيلزم المعتدي كراء سنة للمالك وليس للمالك كلام والزرع للغاصب (يعني وقد بلغ حد الانتفاع به) .

ثالثًا : من بنى أو غرس في ملك الغير ، ولم يكن غاصبًا ولا مشتريًا من غاصب ولا وارثًا له ولا موهوبًا له منه فهو أهل شبهة ، فيقال للمالك الذي استحق العقار : ادفع قيمة المباني أو الغرس قائمًا منفردًا عن الأرض لأن البناء أو الغرس حصل من ذي شبهة فإن أبى قيل : للباني ادفع لمستحق الأرض قيمة الأرض براحًا ، فإن أبى أيضًا فشريكان بالقيمة يوم الحكم : المالك بقيمة أرضه براحًا ، والغارس أو الباني بقيمة غرسه أو بنائه قائمًا . هذا في غير أرض الوقف وفيها تعين النقض والخلع إلا إذا كان بقاؤه في مصلحة الوقف ورأى الناظر إبقاءه ، فله دفع قيمته منقوضًا من ريع الوقف ، فيدخل [1]

= وهذا هو ما أخذت به المواد 882 من التقنين الكويتي ، والمادتان 1119 ، 1124 من التقنين العراقي . وتقابل المادتين 1138 ، 1140 من التقنين الأردني .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 1/906 من المجلة على ما يأتي « إن كان المغصوب أرضا ، وكان الغاصب أنشأ عليها بناء أو غرس فيها أشجارا يؤمر الغاصب بقلعها . وإن كان القلع مضرا ، فللمغصوب منه أنه يعطي قيمته مستحق القلع ويضبط الأرض .. » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة من المشروع) .

(1) تتفق هذه الأحكام مع ما جاء في المادة 925 من القانون المدني المصري ، ونصها :

1 – إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغًا يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها .

2 – إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدًا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق =

في الوقف [1] .

رابعًا : من زرع أرض الغير ، ولم يكن غاصبًا ولا مشتريًا من غاصب ولا وارثًا عنه ولا موهوبًا منه أولا يعلم شيئًا ففي الحكم التفصيل الآتي :

1 - إن استحقت الأرض المزروعة قبل فوات الإبَّان (أي بدو صلاح الزرع) فليس للمستحق إلا كراء تلك السنة وليس له قلع الزرع لأن الزارع غير متعد .

2 - وإن استحقت الأرض بعد بدو صلاح الزرع فليس للمستحق على الزارع شيء ؛ لأنه قد استوفى منفعته ، والغلة لذي الشبهة أو المجهول للحكم ، إلا في وارث الغاصب ، فلا غلة له عَلِمَ بأن مورثه غاصب أم لم يعلم . وكذا موهوب الغاصب إن افتقر الغاصب . فإن كان موسرًا وأمكن الرجوع إليه بالغلة فاز موهوب الغاصب بها [2] .

كل هذا فيما إذا بنى أو غرس أو زرع في أرض الغير بموادٍّ مملوكةٍ له . فإن بنى في أرض نفسه أو غرس بأنقاض ملك الغير اغتصابًا أو سرقة فللمغصوب منه

= عنها ، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » ، كما أنها تتفق مع المادة التالية من هذا القانون ونصها :

« إذا أقام أجنبي منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد اتفاق في شأن هذه المنشآت أن يطلب إزالتها . ويجب عليه ، إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها ، أن يؤدي إليه إحدى القيمتين المنصوص عليهما في الفقرة الأولى من المادة السابقة » . وهو ما أخذت به المواد 883 من التقنين الكويتي ، والمادتان 1120 ، 1121 من التقنين العراقي . والمادتان 1141 ، 1142 من التقنين الأردني ، والمادة 894 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية . وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 906 من المجلة على ما يأتي :

« إن كان المغصوب أرضًا ، وكان الغاصب أنشأ عليها بناء أو غرس فيها أشجارا ، يؤمر الغاصب بقلعها . وإن كان القلع مضرًا ، فللمغصوب منه أن يعطي قيمته مستحق القلع ويضبط الأرض . ولكن لو كان قيمة الأشجار أو البناء أزيد من قيمة الأرض ، وكان أنشأ أو غرس بزعم سبب شرعي ، كان حينئذ لصاحب البناء أو الأشجار أن يعطي قيمة الأرض ويتملكها . مثلًا لو أنشأ أحد على العرصة (الأرض) الموروثة له من والده بناء بمصروف أزيد من قيمة العرصة ، ثم ظهر لها مستحق فالباني يعطي قيمة العرصة ويضبطها » . انظر : القوانين الفقهية لابن جزي ص 317 . القواعد الفقهية لابن رجب ص 154 ، 155 .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 894 من هذا المشروع) .

(1) الشرح الصغير (248/3) وما بعدها ، ومواهب الجليل ، وبهامشه التاج والإكليل (295/5 ، وما بعدها) .

(2) الشرح الصغير (248/3) .

هدمها ، وله إبقاؤها وأخذ قيمتها يوم الغصب أو السرقة . فإن كان المغصوب عمودًا أو خشبًا ، وبنى عليه فللمغصوب منه هدم البناء الذي أقيم عليه ، وأخذه وله إبقاؤه وأخذ قيمته يوم الغصب . فإن كانت الأنقاض أو الغرس غير مغتصبة أو مسروقة فلمن استحقها قيمتها يوم الحكم ؛ لأنها فاتت بالبناء أو الغرس فيقضى بالقيمة [1] على الباني بها قائمة لا مبنية . وأما القاعدة (من ملك الأرض ملك ما فوقها) فمعناها إذا كان ما فوقها مباحًا كالهواء مثلًا أو مغروسًا أو مبنيًا بوجه جائز شرعًا لا افتيات [2] فيه على أحد ،. وإن العمل بهذه القاعدة فيه حماية للغاصب أو السارق وهو سيِّئ النية ، ولا يصح حمايته ؛ لأنه معتد على حقوق الآخرين .

ملاحظة : يقضى للمغصوب منه بكراء الأرض براحًا إذا بنيت واستعملت سواء أكان إنشاءً أو ترميمًا . فيشمل الدار الخربة يصلحها الغاصب ، فيقوَّم الأصل قبل البناء أو الإصلاح بما يؤجر به لمن يصلحه فيلزم الغاصب بالزائد له . كمن أصلح مركبًا خرق واستعمله فينظر فيما كان يؤجر به لمن يصلحه ، فيغرمه الغاصب والزائد له ؛ فيقال : كم تساوى أجرته مخروقًا لمن يعمره ويستغله فما قيل لزم

---

(1) يتفق هذا مع ما جاءت به المادة 923 من القانون المدني المصري ، ونصها :

1 - يكون مالكًا خالصًا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره ، إذا لم يكن ممكنًا نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم ، أو كان ممكنًا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت في هذه المنشآت .

2 - فإذا تملك صاحب الأرض المواد ، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه . أما إذا استرد الموادَّ صاحِبها ، فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض .

وهو ما أخذت به المواد 881 من التقنين الكويتي ، 1139 من التقنين الأردني ، 1118 من التقنين العراقي والمادة 892 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا للشريعة الإسلامية . وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 899 من المجلة على ما يأتي : « إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه يكون ضامنًا ويبقى المال المغصوب له . مثلًا لو كان المال المغصوب حنطة جعلها الغاصب بالطحن دقيقًا ، يضمن قيمة الحنطة ، ويكون الدقيق له . كما أن من غصب حنطة غيره وزرعها في أرضه يكون ضامنًا للحنطة ويكون المحصول له » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة من المشروع) .

(2) افتيات : الفوت والفوات فاتني كذا أي سبقني وهذا الأمر لا يُفْتات أي لا يفوت وافتات عليه في الأمر حكم وكل ما أحدث دونك شيئًا فقد فاتك به . لسان العرب مادة فوت ص 3481 .

الغاصب ، فإذا أخذ المالك المركب قضى له بأخذ ما لا عين له قائمة لو انفصل كالقلفطة . وأما ما له عين قائمة فإن كان مسمرًا بها أو هو نفس المسامير خير ربها بين أن يعطيه قيمته منقوضًا ، وبين أن يأمره بقلعه . وإن كان غير مسمر كالصواري والمجاديف والحبال خير الغاصب بين أخذها وتركها وأخذ قيمتها إلا أن يكون بموضع لا غنى عنها ، ولا يمكن سيرها لمحل آمنة إلا بها فيخير رب المركب بين دفعه قيمته بموضعه كيف كان أو يسلمه للغاصب . والمستأجر والمزارع والوكيل والأمين والمرابع والمتعهد إذا لم يسلموا ما تحت أيديهم إلى أصحابه عند نهاية مدتهم أو عند طلبه منهم اعتبرت يدهم يد غصب وعوملوا معاملة الغاصب [1] .

بند [27] طرق التمليك الأخرى للملكية

القانون الفرنسي :

أولًا – الاستيلاء من طرق التمليك : وهو طريق من طرق التملك ، وهو وضع اليد على شيء لا يملكه أحد فيتعين وجود قاعدتين :

1 – وضع اليد على شيء .

2 – يجب أن يكون هذا الشيء غير متعلق بأحد .

وبما أن كل عقار لا بد له من مالك ، وبما أن العقار الذي لا مالك له مملوك للحكومة فالاستيلاء قانونًا لا يكون في العقار كنص القاعدة الثانية . إذًا فالاستيلاء يكون في المنقول فقط ، فالاستيلاء يطبق على ثلاثة أحوال أصلية :

أولًا : الشيء المتروك وهو ما يتركه الشخص باختياره بنية تمليكه لأول مستول عليه ، وهي الأشياء المتروكة على الطرق العمومية ، والتي تجمع بمعرفة الكناس أو لمام الخرق .

---

(1) يقول ابن عسكر في باب الغصب : « يجب رد عين المغصوب فإن فات ضمن المثلي بالمثل والمقوّم بقيمته يوم الغصب . وفي نقصه يخير ربه بين أخذه ناقصًا وتضمينه وفي بيعه بين إجازته وأخذ الثمن واستعادته وفي جناية الغاصب بين أخذه مع الأرش وتضمينه » .

إرشاد السالك لابن عسكر ص 101 ، 102 ، تنوير الحوالك جـ 2 ص 212 .

وأما ما يوجد من اللُّقَطَات الأرضية أو النهرية أو البحرية فإنه يباع ، ويكون ثمنه ملكًا للحكومة في وقت محدد ، إلا إذا طلبه أصحابه في مدته القانونية .

ثانيًا : الصيد البري والصيد البحري ، وهما المثلان الحقيقيان للاستيلاء لكنهما قد قيدا بأوامر إدارية يجب اتباعها .

ثالثًا : واجد الكنز أو مكتشفه ، وهو كل شيء مخفي أو مدفون ، ولا يمكن لأحد إثبات ملكيته وأنه اكتشف بطريق الصدفة .

فإن اكتشف الكنزَ صاحبُ الأرض فهو ملكه تبعًا للأرض ، وإن اكتشفه في أرض الغير فله نصفه ، ومالك الأرض له النصف الآخر؛ ولهذا يجب أن يكون الاكتشاف بطريق الصدف ، فإن كان بتعب وبحث ونفقة من المالك فهو له بلا نزاع [1] .

بند [28]

التشريع الإسلامي : الاستيلاء قد يكون طريقًا من طرق التمليك ، وهو وضع اليد على شيء لا يملكه أحد بإحيائه إذا كان مواتًا ، ولا يكون حريم عمارة بلد أو حريم دار أو حريم بئر أو حريم شجر ، ولم يُقْطِعْه الإمام لأحد ؛ فمن وضع يده على شيء غير مملوك لأحد عقارًا أو منقولًا قد يملكه حسب التفصيل الآتي في إحياء الموات [2] . وحقيقةً كلُّ عقار له مالك ، والعقار الذي لا مالك له ملك لبيت المال (للحكومة) [3] ، فالاستيلاء يكون على العقار بإحيائه بالشروط الآتية .

---

(1) انظر : بند 2279 وبند 2280 ، في الفصل الرابع ، من الباب الخامس من كتاب العشرين ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 213 .

(2) موات الأرض : أي أرض خلت عن الاختصاص بعمارة ولو اندرست إلا لإحياء . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 66/4 .

(3) يجوز في الفقه الإسلامي تملك الأراضي الموات بالاستيلاء إذا حازها الشخص وأحياها بإذن من ولي الأمر . ويكون إحياء الأرض بزرعها أو غرسها أو البناء عليها ، وليس بتحجيرها . فقد نصت المادة 147 من مرشد الحيران على ما يأتي : « الأراضي الموات أي المباحة التي لا يُنْتَفَعُ بها وليست في ملك أحد تكون ملكًا لمن وضع يده عليها وأحياها بإذن ولي الأمر .... فمن أُذِنَ له بإحياء أرض موات وأحياها ، بأن زرعها أو غرسها أو بنى فيها ، فقد ملكها ولا تنتزع منه ... » .

ونصت المادة 1272 من المجلة على ما يأتي : « إذا أحيا شخص أرضًا من الأراضي الموات بالإذن السلطاني صار مالكًا لها ... » ونصت المادة 1275 من المجلة كذلك على ما يأتي : « كما أن البذر والغرس إحياء للأرض ، =

وفي المنقول إذا لم يُعْلَم صاحبه أو كان الشيء تافهًا ، فالشيء المتروك بنية تمليكه يكون ملكًا لواجده بشرط تعريفه سنة إن كان له قيمة على التفصيل الآتي :

أولًا : إن كان الشيء الموجود يفسد لو ترك بدون أكل كلحم وفاكهة مثلًا ، فلواجده أكله ، ولا ضمان عليه . كما لو وجد شاة أو بقرة بصحراء ، وتعذر نقلها وكانت بمحلٍّ خوفٍ من سباع أو ضياع فللواجد أكلها ولا ضمان عليه [1] . فإن كانت اللقطة أو الشيء الموجود له بال أو قدر فعلى الترتيب الآتي كما ذكره ابن رشد [2] :

= كذلك الحرث والسقي أو شق جدول لأجل السقي أيضًا أحياء » . ونصت المادة 1277 على ما يأتي : « وضع الأحجار أو الشوك أو أغصان الأشجار اليابسة محيطة بجوانب الأراضي الأربعة أو تنقية الحشيش منها أو إحراق الشوك أو حفر البئر ليس بإحياء ولكنه تحجير » . ونصت المادة 1279 على ما يأتي : « إذا حجر شخص محلًا من الأراضي الموات فيكون أحق من غيره بذلك المحل ثلاث سنين . فإذا لم يحيه إلى ثلاث سنين لا يبقى له حق ويجوز أن يعطي لغيره على أن يحييه » . ونصت المادة 1280 على ما يأتي : « من حفر بئرًا في الأرض الموات بإذن السلطان ، فهو ملكه » . (انظر المواد من 1270 إلى 1280 من المجلة) ويقابل هذا كله ما أخذت به المواد 874 مدني مصري ، و 1105 عراقي ، و 1081 أردني والمادة 886 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا للشريعة الإسلامية .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع) .

(1) هذا النص يقابل المادة 871 من القانون المدني المصري ونصها : يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته .

وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق ، عاد لا مالك له إذا لم يتتبعه المالك فورًا إذا كف عن تتبعه . وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ، ثم فقد هذه العادة ، يرجع لا مالك له » وتقابل هذه المادة المواد 876 من التقنين الكويتي ، المادة 1077 من التقنين الأردني . المادة 1104 من التقنين العراقي والمادة 883 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا للشريعة الإسلامية . وأحكامها تتمشى مع قواعد الفقه الإسلامي في تملك الأشياء المباحة انظر المادتين 1249 ، 1250 من المجلة ، وقد تقدم ذكرهما .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة ، من المشروع) .

(2) قسم ابن رشد اللقطة فقال : إنها على ثلاثة أقسام : قسم يبقى في يد ملتقطه ، ويخشى عليه التلف إن تركه كالعين والعروض ، وقسم لا يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن ترك كالشاة في القفر ، والطعام الذي يسرع إليه الفناء ، وقسم لا يخشى عليه التلف ، فأما القسم الأول : فإنه ثلاثة أقسام : أحدها أن يكون يسيرًا لا بال له ولا قدر لقيمته ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاهته ، فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده ، والأصل في ذلك ما روي « أن رسول اللّه ﷺ مر بتمرة في الطريق فقال : لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها » =

1 - ما قل وله قدر ومنفعة ويشح ربه به ويطلبه يُعرَّف اتفاقًا . وفي تعريفه سَنَة أو أيام خلاف .

2 - ما قل ولا يطلبُ عادة قال ابن القاسم [1] : هو لمن وجده ليس عليه تعريفه فإن شاء تصدق به وإن شاء انتفع به .

3 - شيء تافه لا يلتفت إليه عادة كدون الدرهم الشرعي (الدرهم = 59 قرشًا و 4 ملاليم عملة مصرية) وعصا وسوط وقليل من تمر أو زبيب فله أكله إذا لم يُعْلَمْ ربه ، وإلا منع وضمن . فإن كانت اللقطة مالًا له قيمة ، وإن قل ولم يظهر مالكها ، فلمن وجدها حبسها عنده بعد تعريفها سنة لعل صاحبها يظهر ، وله التصدق بها أو التملك لها بأن ينوي تملكها . فإن أخذها ربها وجب عليه دفع ما أنفقه الملتقط عليها . وقد نظم ولى الأمر التصرف في اللُّقَطَات الأرضية والنهرية والبحرية بأنه على واجد شيء للغير أن يسلمه لأقرب مركز من مراكز البوليس . فإن كان يسرع إليه الفساد باعه الحاكم وحفظ ثمنه على ذمة صاحبه مدة معينة ، وأعطى واجدها عشر الثمن . وإن كان لا يسرع إليها الفساد نشر عنها الحاكم في نشرات الأشياء الموجودة لمدة معينة . فمن عرف حاجته بما لا يدع مجالًا للشك في ملكيته أخذها بعد دفع عشر قيمتها لمن وجدها . وإلا بيعت بعد مضي المدة المقررة وأضيف ثمنها لبيت المال . وأما اصطياد الطيور الوحشية والسمك من البراري قبل دخوله في حوزة

= ولم يذكر فيها تعريفًا وهذا مثل العصا والسوط وإن كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك ، والثاني أن يكون يسيرًا إلا أن له قدرا ومنفعة ، فهذا لا اختلاف في المذاهب في تعريفه ، واختلفوا في قدر ما يعرف : فقيل سنة ، وقيل أيامًا . وأما الثالث فهو أن يكون كثيرًا أو له قدر فهذا لا اختلاف في وجوب تعريفه حولًا ، وأما القسم الثاني وهو ما لا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف فإن هذا يأكله كان غنيًا أو فقيرًا .

بداية المجتهد جـ 2 ، ص 308 ، ومواهب الجليل للحطاب جـ 6 ص 69 ، والتاج والإكليل للمواق جـ 6 ص 69 ، شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية الرهوني عليه جـ 7 ص 245 .

(1) ابن القاسم : هو عبد الرحمن بن القاسم عالم الديار المصرية ومفتيها ، أبو عبد الله العتقي المصري صاحب مالك الإمام روى عن : مالك ، وعبد الرحمن بن شريح ... وغيرهم .

روى عنه : أصبغ ، الحارث بن مسكين .... وغيرهم .

وكان ذا مال ودنيا ، فأنفقها في العلم ، وقيل : كان يمتنع من جوائز السلطان ، قال النسائي : ثقة مأمون . توفى سنة 191 هـ .

ترجمته : الذهبي في الكاشف (160/2) ، وتذكرة الحفاظ (356/1) ، والأعلام (73/8) .

الغير فهو حق لمن سبق وأخذه . وبما أن الأنهار والبحار والبراري غير المملوكة لأحد هي ملك للحكومة فلها أن تقيد الصيد بما تراه منفعة عامة . وقد بوب متشرعو الإسلام بابًا خاصا بعنوان (اللُّقَطة) [1] ، وفيه تشريع شامل لكل شيء قد يعرض للقطة والملتقط والمالك للشيء ، فمن أراد الزيادة فليرجع إليه إن شاء .

الكنز المكتشف من معدن طبيعي في الأرض تحت تصرف الإمام (الحكومة) [2] سدًّا لباب الفتن ، متى كان في أرض مفتوحة عنوة ، كمصر والشام والعراق ، وإن

---

(1) راجع في ذلك بداية المجتهد جـ 2 ص 308 ، مواهب الجليل جـ 6 ص 69 ، 70 ، التاج والإكليل جـ 6 ص 70 ، 71 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 7 ص 245 ، 246 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (117/4) .
قال المواق في التاج والإكليل : من وجد الخيل والبغال والحمير فليعرفها فإن جاء ربها أخذها ... ثم قال : وليس لرب ذلك أخذه حتى يدفع إليه ما أنفق .

(2) تضمنت المادة 872 من القانون المدني المصري أحكام الكنز الذي وجد في بطن الأرض ، ونصها :
1 - الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته .
2 - والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكًا خاصًا للواقف ولورثته » .
وقد جاءت المادة 884 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بتعديل ما نصت عليه المادة المذكورة بما يقربها من التفكير الفقهي ، وذلك يجعل خمس الكنز لمن يعثر عليه والباقي لمالك الشيء الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته . وإذا كان الشيء الذي وجد فيه الكنز موقوفًا كان الباقي للواقف أو لورثته . كما استبدلت عبارة « الشيء الذي وجد فيه الكنز » بعبارة « العقار الذي وجد فيه الكنز » وذلك لكي تشمل كلمة « الشيء » العقار والمنقول . فقد يكون الكنز مخبوءا في منقول ، كما لو وضعت أوراق النقد بين صفحات كتاب أو أخفيت قطع من النقود أو أحجار ثمينة في درج سرى من مكتب أو دولاب . ويلاحظ أنه إذا كان الكنز مخبأ في منقول ، فإن المالك الذي يستحق في الكنز يكون هو مالك هذا المنقول إذا لم يكن هو مالك العقار الذي يوجد فيه المنقول .
ويتفق هذا التعديل مع المادة 877 من التقنين الكويتي ، المادة 1011 من التقنين العراقي ، المادة 1078 من التقنين الأردني . ويفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين نوعين من الكنز : الأول هو الكنز الجاهلي ، وهو ما وجد به علامة أو نقش يدلان على أنه دفن في الأرض قبل الإسلام . والنوع الثاني هو الكنز الإسلامي ، وهو ما يوجد به علامة أو نقش يدلان على أنه دفن في الأرض بعد ظهور الإسلام . وعلى أساس هذه التفرقة في المذهب الحنفي نصت المادة 149 من مرشد الحيران على ما يأتي : « من وجد في أرض من الأرض المباحة ، كالجبال والمفاوز كنزا مدفونًا ، وعليه علامه أو نقش عملة الجاهلية ، فله أربعة أخماسه وخمسه للحكومة . وإن كان عليه نقش من النقوش الإسلامية ، فهو لمالك الأرض التي وجد فيها إن ادعى ملكه وإلا فهو لقطة » .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع) .

كان في أرض مُصالَح عليها فهي لمالكها إلا أن يسلم فترجع للإمام . والكنز المدفون لمسلم أو ذمي لقطة [1] تُعرف سَنَة ثم توضع في بيت المال . وإن كان دفين جاهلي فهو ركاز (وله باب معروف وأحكام خاصة) في التشريع الإسلامي تحت عنوان (في الكنز) أو (الركاز) فيخرج منه الخمس لبيت المال وباقيه لواجده ، وقد سبق الكلام على هذا [2] .

بند [29] ثانيًا : المزاد من طرق التمليك

القانون الفرنسي : وهو تخصيص ملكية العقار بشخص نتيجة لحكم قضائي ، وينتج غالبًا عن بيع عقار غير قابل للقسمة في تركة أو بين شركاء أو نتيجة مديونية . وصفة الحكم تختلف ؛ فإن كان بين شركاء فهو إظهارى لا إنشائي ؛ لأن الملكية لأحد الشركاء ثابتة قبل الحكم ، وليس نقلًا للملكية فليس بلازم نقل التكليف بتسجيله ، وإن كان حكم القسمة لصالح أجنبي فهو كالبيع ناقل للملكية ، فيجب تسجيله لنقل التكليف [3] .

بند [30] الملكية بالمزاد

التشريع الإسلامي : في الواقع هذا بيع جبري لم تتفق فيه إرادة المتبايعين اختياريًّا ولكنه يرجع للمصلحة العامة فبيع عقار المفلس مثلًا يصدر من الحاكم [4] فهو بيع قهري [5] وبيع العقار الذي لا ينقسم بيع مصلحة أيضًا فهو بيع ككل البيوع ، وإن

(1) راجع في ذلك : المدونة الكبرى جـ 4 ص 365 ، 366 وبداية المجتهد جـ 2 ص 308 ، ومواهب الجليل جـ 6 ص 69 وما بعدها وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 7 ص 245 وما بعدها والاستذكار لابن عبد البر جـ 22 ص 326 وما بعدها .

(2) قال الرهوني : قال مالك : « الركاز إنما هو دفن الجاهلية » زاد الرهوني ، ولا زكاة في الركاز وهو دفن الجاهلية ، وفيه الخمس في عينه وعرضه وقليله وكثيره حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 2 ص 301 وراجع شرح ابن ناجي على الرسالة المطبوعة بهامش شرح الشيخ زروق جـ 1 ص 330 .

(3) انظر : البنود من 2187 إلى 2192 ، في الباب الثامن : من الكتاب الثامن عشر من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 190 ، 191 .

(4) أي ما أجبره القاضي بولايته العامة على بيع ما بيده ليوفي من ثمنه ما ظلم فيه غيره ؛ الشرح الكبير 6/3 .

(5) تضمنت المادة 203 من القانون المدني المصري التنفيذ الجبري على المدين ونصها :

1 – يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 219 ، 220 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا .

2 – على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما . وقد أدخلت المادة 218 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة =

كان له شروط خاصة بالضمان فتسميته ملكية بالمزايدة تسمية بالسبب [1] .

بند [31]

ثالثًا : الملكية بالقانون

القانون الفرنسي : القانون يكون سببًا في تملك الملكية في حالتين :

أولًا : في حالة الميراث .

ثانيًا : في حالة تملك الثمرات لواضع اليد بحسن نية .

رابعًا : التسليم من أسباب الملكية

قد عرف في القانون الحديث أن إرادة الطرفين تكفي لإتمام نقل الملكية بدون احتياج إلى التسليم ، ولكن بقي موضعان لا تنقل فيهما الملكية بدون التسليم :

1 - عندما يكون عقد التمليك صادرًا بأشياء باعتبار جنسها لا باعتبار جسم محقق ، فالتسلم وحده هو الذي ينقل الملكية ؛ لأنه هو الذي يعين المبيع ويحدده .

2 - في الهبة اليدوية لا تنقل الملكية إلا بالتسليم للموهوب يدًا بيد [2] .

= الإسلامية تعديلًا يقضي بإعطاء المدين الحق في المطالبة بدفع التعويض للدائن عندما يكون اللجوء للتنفيذ العيني مرهقًا له إرهاقًا يجاوز المألوف .

وبذلك يكون الحكم أقرب إلى قواعد الفقه الإسلامي . إذ إن طلب المدين في هذه الحالة يستهدف رفع مظلمة ، وولاية رفع المظالم إلى القاضي . وعلى كل فالنتيجة العملية النهائية واحدة وهي أن القول الفصل للقاضي . والمادة المذكورة من المشروع بصياغتها المعدلة تطابق المادة 284 من التقنين الكويتي والمادة 355 من التقنين الأردني والمادة 246 من التقنين العراقي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

(1) قال ابن رشد : إن الإفلاس في الشرع يطلق على معنيين : أحدهما : أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه . الثاني ألا يكون له مال معلوم أصلًا . ويحكم جمهور الفقهاء ببيع الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه أو غريمه إن كان مليا ، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يف ماله بديونه ويجبره على التصرف فيه .

بداية المجتهد جـ 2 ص 284 ، مواهب الجليل للحطاب جـ 5 ص 32 ، 33 والتاج والإكليل جـ 5 ص 32 وما بعدها ، والشرح الصغير للدردير جـ 3 ص 137 وما بعدها .

(2) انظر : المقالة الثالثة في أنواع الطرق التي تفيد الملكية ، وكذلك البنود من 2228 إلى 2235 في الباب الثاني من الكتاب العشرين وكذلك البنود من 1604 إلى 1624 في الفصل الثاني من الباب الرابع من الكتاب السادس من المقالة الثالثة من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 57 : 60 ، 202 ، 203 .

بند [32] الملكية بالقانون

التشريع الإسلامي : ليس القانون هو سبب الملكية ، وإنما الميراث [1] هو سبب التمليك ، ووضع اليد بحسن نية هو سبب التمليك ، وإن كان ذلك من أحكام التشريع فقد قرر المشرع أن الميراث سبب صحيح لتملك التركة للورثة . وقرر أيضًا أن وضع اليد بشبهة سبب صحيح لملك الثمرات [2] .

وأما التسليم [3] للمبيع فقد تقدم أن البيع يتم بالإيجاب والقبول [4] ، وتنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري ، بمعنى أنه إذا هلك فيكون لحسابه وإذا أثمر يكون لحسابه . ويتبع هذا أن ضمان المبيع يكون من المشتري بمجرد إتمام عقد البيع الصحيح ، إلا في المبيع المثلي الذي يراد لمثله لا لعينه ، وهو كل شيء معدود أو مكيل أو موزون . فلا ينتقل الضمان إلى المشتري إلا بعد تسلمه كيلًا كقمح ، أو عدًّا كبيض أو وزنًا كذهب وفضة مثلًا . وعلى ذلك لو هلك المبيع قبل تسلمه فهو في ضمان البائع [5] ، فإن كان مقومًا وهو ما يراد لذاته وتختلف أفراده في الرغبة للناس

---

(1) انظر : المواد 876 مدني مصري و 1106 عراقي و 1086 من الأردني و 940 كويتي .

(2) قال ابن جزي المكاسب نوعان : كسب بعوض ، وبغير عوض أما الكسب بغير عوض فأربعة أنواع الأول الميراث .... القوانين الفقهية ص 186 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 1 شرح زروق على الرسالة جـ 2 ص 102 .

(3) ذهب مالك ﷺ وجماعة إلى الاكتفاء بذلك ، وذهب جماعة من أهل العلم إلى أنه لا ينعقد إلا بالقول . قال ابن رشد في المذهب : واتفق الفقهاء على انعقاد باللفظ الدال على الرضا ، واختلفوا في انعقاده بالمعاطاة ، فذهب مالك إلى انعقاده بها مطلقًا ، ومنعه الشافعي مطلقًا ، وقال أبو حنيفة : ينعقد بها في المحقرات خاصة ، وإليه مال الغزالي اهـ . مواهب الجليل 228/4 .

(4) قال الدردير « البيع عقد معاوضة ، ولا يكون إلا بين اثنين بإيجاب وقبول » .

الشرح الصغير جـ 3 ص 1 ، مواهب الجليل للحطاب جـ 4 ص 228 ، وما بعدها . التاج والإكليل للمواق جـ 4 ص 228 وما بعدها .

(5) توجب المواد 437 من القانون المدني المصري و 479 و 480 كويتي و 500 - 501 - 502 مدني أردني و 547 ، 548 عراقي والمادة 404 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية على أنه إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري ، إلا إذا حدث الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع ، وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع إنقاص الثمن .

وعلى أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع ، وجب دفع الثمن كاملًا في الحالة الأولى والزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية » وأن ما يقبض على رسوم الشراء مع =

بعضها عن بعض كشاة أو منزل أو فدان أرض إلخ فضمانه من المشتري بمجرد إتمام العقد ، ولو لم يتسلمه من البائع وليس للبائع التصرف بأي نوع من أنواع التصرفات بعد البيع وقبل التسلم لأنه دخل في ملك المشتري بمجرد العقد . وأما الهبة فليس تسلمها شرطًا في صحتها [1] كما سبق في مذهب الإمام مالك وإنما ذلك في مذهب أبي حنيفة [2] فمتى تم عقد الهبة ملك الموهوب له الهبة فله مقاضاة الواهب لتسلمها وقد سبق الكلام في ذلك فارجع إليه إن شئت [3] .

بند [33] الكتاب الثالث حق الارتفاق

حق الارتفاق الشخصي

القانون الفرنسي : حق الارتفاق الشخصي هو حق عيني مرتب على شيء الغير لمنفعة شخص ، والارتفاق الشخصي يوجد في شيئين :

أولًا : الاستغلال (حق الانتفاع بالريع) .

= تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع في يد القابض يلزمه دفعه . وهذه الأحكام لا تختلف مع مقررات الفقه الإسلامي في اعتبار الضمان ، أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة في يده ، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه ، وأما ما يقبض على سوم ، سواء بين ثمنه أو لم يبين ، يكون أمانة في يد القابض ، فلا يضمن إذا هلك دون تعد . ووضع يد القابض على سوم الشراء ، إذا سمى الثمن يد ضمان ، وإذا لم يسم الثمن في سوم الشراء ، وسواء سمى أو لم يسم في سوم النظر ، فإن يد القابض تكون يد أمانة فيهلك الشيء على المالك لا على القابض (م 293 ، 294 من المجلة العدلية والمواد 460 – 461 – 462 من مرشد الحيران .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 404 من المشروع) .

(1) قال الدردير : وأجبر الواهب عليه ، أي على تمكين الموهوب له منه حيث طلبه ، لأن الهبة تملك بالقول على المشهور فله طلبها منه حيث امتنع ولو عند الحاكم ليجبره على تمكين الموهوب له منها . الشرح الكبير : 101/4 .

(2) أبو حنيفة النعمان : هو النعمان بن ثابت بن زوطي التيمي ، أبو حنيفة الإمام ، عالم العراق ، مولى تيم اللّه بن ثعلبة . يقال : إنه من أبناء الفرس ، ولد سنة ثمانين في حياة صغار الصحابة ، ورأى أنس بن مالك . قال محمد بن سعد : سمعت يحيى بن معين يقول : كان أبو حنيفة ثقة لا يحدث بالحديث إلا بما يحفظه ، ولا يحدث بما لا يحفظ . توفي في سنة خمسين ومائة . وله سبعون سنة .

ترجمة : الذهبي في « الكاشف » 180/3 ، « تذكرة الحفاظ » 168/1 ، « الأعلام » 529/6 .

(3) عرف المواق الهبة بأنها : تمليك بغير عوض .

التاج والإكليل جـ 6 ص 49 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 339 ، 340 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 7 ص 173 ، 174 .

ثانيًا : الاستعمال والسكنى .

الاستغلال (حق الانتفاع بالريع) :

وهو حق الانتفاع من أشياء ملك الغير كالملك الحقيقي مع بقاء ملكية ذلك الشيء إلى مالكه مع حفظ العين .

صفات قانونية لحق الاستغلال : يحتفظ حق الاستغلال بالصفات الآتية :

أولًا : هذا حق عيني ؛ فهو يتعلق بذات الشيء موضع الاستغلال ، ولذا فهو يختلف عن المزارع والمؤاجر اللذين ليس لهما سوى حق الدين ضد مؤجر العقار .

ثانيًا : هذا حق مدى الحياة ؛ فهو مرتب لصالح شخص المستغل فيتلاشى بموته .

ثالثًا : هذا تجزئة للملكية ؛ في الحقيقة بدلا من أن تجتمع الثمرة والملكية في يد واحدة تفرقت ، فملك المستغل الثمرة وملك المالك العين . فهذه العين عارية عن الثمرة . ومفهوم تعريف الاستغلال أن المستغل عليه المحافظة على موضع الاستغلال وعينه بدون استهلاك ؛ فلا يحمل الاستغلال على ما يستهلك بمجرد الاستغلال كالزيت والنبيذ والنقود . لكن إذا أوصى شخص لآخر بمنحه جملة أملاك ، وكان بها مثل هذه الأشياء فإن الوصية مقبولة لأنه كبيع بشرط الرد ، فهو ليس استغلالًا بالمعنى القانوني وإنما هو نصف استغلال [1] .

(نتيجة المقارنات من بند 1 إلى نهاية بند 33 جـ 2)

يتفق التشريعان فيما يأتي :

التمليك ، الاتفاقات ، نقل الملكية من المنقول والعقار ، سقوط الحق بمضي المدة (الملكية بوضع اليد) ، شروط الملكية بوضع اليد (في الجملة) ، إضافة وضع اليد – وقف مدة وضع اليد ، قطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد (في الجملة) ، نتائج التملك بوضع اليد ، التنازل عن التملك بوضع اليد ، إضافة الملحقات (عقار إلى عقار) ، الاستيلاء (في الجملة) ، المزاد ، الملكية بالقانون ، الاستغلال وحق الانتفاع .

---

(1) انظر : البنود من 578 إلى 581 ، في الباب الأول ، من الكتاب الثالث من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي . الجزء الأول ص 130 .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

المدة الضرورية للتملك بوضع اليد ، إضافة منقول إلى عقار (البناء والغرس والزرع في ملك الغير) ، التسليم من أسباب الملكية .

بند [34] التشريع الإسلامي

حقوق الارتفاق الشخصي هي حقوق عينية وغير عينية على شيء الغير لمنفعة شخص ، ويسمى في عرف التشريع الإسلامي (إعارة) [1] .

فالإعارة أو الاستغلال هي تمليك منفعة مؤقتة بزمن أو فعل بلا عوض مع بقاء ملكية العين المعارة لمالكها [2] ، والمستعار ذو منفعة مباحة من عَرَض أو حيوان أو

---

(1) الارتفاق حق عيني يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر ، طبقًا لما جاءت به المادة 1017 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 1271 من التقنين العراقي . والمادة 1271 من التقنين الأردني . والمادة 958 من التقنين الكويتي . ويتفق هذا التعريف مع ما أخذ به الفقهاء المسلمون ؛ فقد نصت المادة 37 من مرشد الحيران على أن : « الارتفاق هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر » .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة 1017) .

(2) العارية : عقد يستعمل المستعير بمقتضاه شيئًا غير قابل للاستهلاك مدة معينة أو في غرض معين دون عوض ، طبقًا لما جاء في المادة 633 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، والمادة 635 مدني مصري . حيث يرتب عقد العارية التزامات على عاتق كل من الطرفين ، وهذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد . ولهذا جاء التعريف في مادة المشروع على نحو يتناول فيه محل العقد والعناصر الجوهرية فيه ، وهي الشيء المعار والمدة أو الغرض الذي يستعمل فيه الشيء ويتفق هذا التعريف في جوهره مع ما جاء في المادة 760 من التقنين الأردني التي تنص على أن « الإعارة تمليك الغير منفعة شيء بغير عوض لمدة معينة أو لغرض معين ، على أن يرده بعد الاستعمال » . وكما أنه يتفق مع ما جاء في المادة 847 من التقنين العراقي . والمادة 649 من التقنين الكويتي . وفي الفقه الإسلامي فإن مادة المشروع تتفق في جوهر التعريف الذي أتت به مع ما يقرره هذا الفقه . فقد نصت المادة 756 من مرشد الحيران على أن « الإعارة هي تمليك المستعير منفعة العين المستعارة بلا عوض » . ونصت المادة 374 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أن « العارية هي تمليك المنافع بغير عوض » (حاشية ابن عابدين جـ 4 ص 767 فتح القدير جـ 7 ص 100) ، ونصت المادة 200 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن « الإعارة تمليك منفعة مؤقتة بزمن أو عمل بلا عوض بما يدل عليه لغة أو عرفًا ، والعارية هي الشيء الذي ملكت منفعته مدة مؤقته بلا عوض ، (الشرح الصغير وحاشيته جـ 2 ص 225 ، والشرح الكبير وحاشية جـ 3 ص 391 ، ونصت المادة 1279 من مجلة الأحكام الشرعية على أن « الإعارة إباحة منفعة العين بلا عوض ويطلق عليها العارية أيضًا » .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 633) .

عقار ينتفع به [1] .

فحق الاستغلال (بالغين) ليس حقًّا عينيًّا إلا على عقار [2] ، وهو يتميز عن الإجارة والمزارعة ؛ لأن المنفعة ليست في مقابل عوض مثلهما ، وحق الاستغلال يتعلق بذات الشيء لاستيفاء منفعته [3] ، وليس حقًّا مدى الحياة بل يجوز أن يكون مدى الحياة متى صرح بذلك المعير ، ويجوز أن تكون الإعارة مؤقتة بمدة معلومة .

وقد تكون الإعارة بعنوان (العمرى) وهي إسكان شخص مدة الحياة في منزل لشخص آخر تبقى ملكيته له حتى إذا مات المعمر عادت الدار لورثة المتبرع .

وحقيقة هذه الإعارة أو العمرى تجزئة للملكية فالثمرة للمنتفع المستعير المستغل ، وملك الرقبة لنفس المالك [4] .

فإن كانت المنفعة للشيء المعار لا تكون إلا باستهلاك عينه كالدراهم والطعام والشراب فلا تعتبر إعارة ، ولو وقعت بلفظ الإعارة وإنما هي (قرض) لأن الإعارة يجب رد عينها بعد الانتفاع بها [5] . وأما القرض [6] فيكون دينًا في الذمة فيرد مثله

(1) قال ابن رشد : وأما العارية فتكون في الدور والأرضين والحيوان وجميع ما يعرف بعينه إذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ، وعن المدة قال : قال مالك في المشهور : ليس له استرجاعها قبل الانتفاع . وإن لم يشرط المدة كانت مدتها ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية . الشرح الصغير جـ 3 ص 231 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 314 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 196 ، 197 ، مواهب الجليل للحطاب جـ 5 ص 268 ، التاج والإكليل جـ 5 ص 266 قال : وعند مالك أنه إن استعمل العارية استعمالًا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال . بداية المجتهد جـ 2 ص 314 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 196 ، 197 مواهب الجليل للحطاب جـ 5 ص 268 ، 269 ، التاج والإكليل للموَّاق جـ 5 ص 268 الشرح الصغير جـ 3 ص 231 .

(2) قاعدة : حق الاستغلال ليس حقًّا عينيًّا إلا على عقار .

(3) قاعدة : حق الاستغلال المتعلق بذات الشيء لاستيفاء منفعته ولا يكون مدى الحياة إلا بإذن المعير .

(4) المدونة الكبرى جـ 4 ص 363 قال مالك من أعمر رجلا حياته فمات المعمر رجعت إلى الذي أعمرها ، وقال مالك : الناس عند شروطهم ، فإن أعمر عبدًا أو دابة ، أو ثوبًا ، أو شيئا من العروض قال مالك : أما الدواب والحيوان كلها والرقيق فتلك التي سمعنا فيها العمري .

(5) قاعدة : الإعارة ترد بعد الانتفاع بها .

(6) قال المواق : العارية مضمونة فيما يُغاب عليه من ثوب أو غيره من العروض ، فإن ادعى المستعير أن ذلك هلك ، أو سرق ، أو تحرق ، أو انكسر ، فهو ضامن وعليه فيما أفسد فسادًا يسيرًا ما نقصه ، وإن كان كثيرًا ضمن قيمته كله إلا أن يقيم بينة أن ذلك هلك بغير سببه فلا يضمن إلا أن يكون منه تضييع أو تفريط بَيّن فيضمن . التاج والإكليل لمختصر خليل 269/5 .

لهذا يضمن المستعير [1] ما كان الانتفاع به بذهاب عينه ولو قامت بينة بهلاكه ؛ لأنه قرض . ومحل القرض الذمة وسيأتي تفصيل ذلك [2] .

بند [35] كيف يترتب الاستغلال ؟

القانون الفرنسي : يمكن ترتيب الاستغلال بسببين :

أولًا : ترتيب الاستغلال بالقانون : يترتب الاستغلال في الأحوال الآتية بنص القانون .

1 - لصالح الأب والأم عند وراثة ولدهم مع ورثة آخرين من فرع آخر ، فالأب أو الأم يستحق استغلال ثلث نصف الميراث الخاص بهؤلاء الورثة الآخرين ، فإذا ورث الآخرون 24/12 يستغل الأب أو الأم 24/2 وهو ثلث نصف ميراثهم .

2 - لصالح أحد الزوجين الباقي بعد وفاة قرينه في ميراث قرينه المتوفى .

3 - لصالح الأب أو الأم الذين يباشرون السلطة الأبوية على أملاك أولادهم القصر الشخصية .

4 - لصالح الزوج على أملاك زوجته الحاضرة ، والمستقبلة فيما عدا نظام الشركة في أملاك الزوجين وفي نظام المهر على جميع أعيان المهر ، ولصالح الشركة في أملاك الزوجين على الأملاك الخاصة بالزوجين في نظام الشركة .

الاستغلال المرتب قانونًا لصالح الزوج في أملاك زوجته ولصالح الأب في أملاك ولده القاصر ليس حق استغلال حقيقي ؛ لأنه لا يصح بيعه ولا رهنه ولا الحجز عليه بخلاف استغلال الزوج في تركة قرينه المتوفى واستغلال الأب أو الأم في ميراثهما من ولدهما مع الآخرين فهو حق يجوز بيعه ورهنه .

ثانيًا : الاستغلال المرتب بفعل الشخص ، ويكون مرتبًا بأحد شيئين :

1 - استغلال مرتب بحجة (إشهاد قانوني) أو أي عمل قضائي ، إشهاد بين

---

(1) قاعدة : القرض دين في الذمة فيرد مثله ويضمن المستعير .

(2) قال الدردير في الشرح الصغير جـ 3 ص 231 أن المستعار هو ذو منفعة مباحة من عرض ، أو حيوان ، أو عقار ينتفع به مع بقاء عينه ليُرد لربه بعد الانتفاع به لا طعام أو شراب ليؤكل أو يشرب فإن فيه ذهاب عينه . وراجع مواهب الجليل جـ 5 ص 269 ، 270 وحاشية الرهوني على الزرقاني جـ 6 ص 197 ، 198 .

الأحياء ، بيع ، هبة ، وصية . والاستغلال المرتب بين الأحياء بعمل قانوني يجب أن يسجل في سجل الرهونات متى كان عقارًا .

2 – استغلال بمضي المدة ، ويتحقق باستغلال العقار بوضع يد المستغل من 10 إلى عشرين عامًا مع حسن نية وثلاثين سنة مع سوء نية [1] .

بند [36]

التشريع الإسلامي : يترتب الاستغلال في التشريع الإسلامي لسببين :

أولًا : استغلال بنص القانون وهو ما لا يحتاج لإرادة شخصين وذلك :

1 – لصالح الأب والأم متى كانا فقيرين والولد موسر فلهما الأكل بالمعروف من مال ولدها بلا إتلاف ولا تبذير فإن أتلفا أو بذرا ضمنا .

ومتى مات الولد قسمت تركته بين ورثته الشرعيين بلا حق لأحد على نصيب أحد سوى دين التركة فيقضى أولًا قبل القسمة حيث لا تركة [2] إلا بعد وفاء الدين [3] .

ومتى مات أحد الزوجين قسمت تركته حسب الأنصباء المقررة شرعًا بلا ترتيب أي حق استغلال على أي نصيب من حق أي وراث سوى دين التركة فيقضى قبل قسمتها [4] .

وليس للزوج أي حق إطلاقًا على أملاك زوجته ؛ حيث إن الزواج لا يعطي للزوج على زوجته سوى حق التمتع الذاتي بالزوجة لتأسيس العائلة . فالزوجان يحتفظان كل منهما بملكية أملاكه وحق إدارتها وحق التصرف فيها تصرفًا مطلقًا بلا قيد ولا شرط سوى التبرع بما زاد على الثلث من أملاك الزوجة ، فلا يصح إلا بإذن الزوج (مذهب الإمام مالك) . ولهذا فلا حق استغلال لأحدهما على أملاك الآخر .

---

(1) انظر : البنود من 578 إلى 581 في الباب الأول ، من الكتاب الثالث من المقالة ، الثانية من تعريب القانون المدني الفرنسي ، الجزء الأول ص 130 .

(2) قاعدة : لا تركة إلا بعد وفاء الدين .

(3) جاء في حاشية الدسوقي قوله : ثم تقضى من رأس ماله ديونه التي لآدمي كانت بضامن أم لا . 458/4 .

(4) قال الحطاب في المواهب 405/6 يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون وعبد جنى ثم مؤن تجهيزه بالمعروف ثم قضاء ديونه ثم وصاياه من ثلث الباقي ثم الباقي لورثته .

التاج والإكليل للمواق جـ 6 ص 405 و ص 407 ، المدونة الكبرى جـ 3 ص 81 وبداية المجتهد جـ 2 ص 338 .

2 – بإمتاع الإمام معمور أرض العنوة كمصر والشام والعراق ، فإذا أمتع الإمام أي أعطى أي شخص قطعة أرض عامرة للتمتع بخيراتها فله أن يستغلها كما يشاء ما دام حيًا . ولا يجوز للإمام إقطاعها لأن الإقطاع تمليك [1] ، وهو لا يجوز في أرض العنوة يعني المفتوحة بحد السيف لأنها وقف على المجاهدين وعلى مصالح المسلمين ، وأما إمتاعها فجائز مدة الحياة [2] .

وحق استغلال الأب والأم لا يجوز التنازل عنه لأحد ، ولا بيعه ولا الحجز عليه ، لأنه صلة من مال الولد لأبويه ليقوم بحياتهما ويقيهما حاجة السؤال .

وأما حق الإمتاع فيجوز فيه التصرف من إيجار ورهن وهبة كالملك سواء بسواء ، وإنما يسقط حق الانتفاع بها متى مات [3] المتمع [4] ، أو انقضى أمد

(1) من أنواع الاختصاص : أن يقطع الإمام رجلًا أرضًا كانت ملكًا له وإن لم يعمرها ولا عمل فيها شيئًا ، يبيع ويهب ويتصرف وتورث عنه وليس هو من الإحياء بسبيل ، وإنما هو تمليك مجرد .
قال ابن القاسم : وسواء كانت في المهامه أو الفيافي أو قريبة من العمران .
قال الباجي : ولا فرق بين موات أرض العنوة وغيرها ، هي لمن أحياها . وفي المدونة لا يجوز شراء أرض مصر ، ولا تقطع لأحد . قال غير واحدٍ : لأنها فتحت عنوة .
وقال ابن رشد : الإقطاع يكون في البراري والمعمور ، إلا معمور أرض العنوة التي حكمها أن تكون موقوفة وأما إقطاعها للانتفاع بها مدة فجائز قاله الطرطوشي وغيره . التاج والإكليل 3/6 .
(2) قال الحطاب في المواهب : 342/6 إحياء الموت لقب لتعمير دائر الأرض بما يقتضي عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها ، وموات الأرض هي التي لا نبات بها ، التاج والإكليل للمواق جـ 6 ص 2 ، 3 حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 7 ص 100 ، 101 .
(3) طبقا للشريعة الإسلامية تضمنت الفقرة الأولى من المادة 993 مدني مصري ، والمادة 1008 من مشروع القانون المدني المصري الحكم بانتهاء حق الانتفاع بانقضاء المدة المتفق عليها ، أو بموت المنتفع ، وهو ما جاء في المواد 1257 من التقنين العراقي الفقرة الأولى من المادة 953 من التقنين الكويتي ، المادة 691/1215 من التقنين الأردني .
ويتفق الأخذ بانتهاء الانتفاع بأي من هذين مع ما يقرره « الفقه الإسلامي » حيث ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، إذا عين له أجل وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع ، فقد استقر رأى الحنفية على عدم توارث ملكية المنفعة ، وإن كانوا يستثنون منها المرور والشرب (البدائع جـ 7 ص 353 ، 354) . وذلك على خلاف الشافعية والحنابلة ، لأن المنافع تورث عندهم باعتبارها أموالًا . وقد نصت المادة 35 من مرشد الحيران على أنه « ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع ، وبانقضاء المدة المعينة له إن كان مدة ، وبهلاك العين المنتفع بها » .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .
(4) قال الحطاب في مواهب الجليل 62/6 : سُئِلَ ابن رشد عمن أعمرت أبويها دارًا فمات أحدهما فقامت =

الإمتاع إذا كان مؤقتًا [1] .

ثانيًا : الاستغلال المرتب بفعل الشخص وهو :

1 - يكون بعقد الإعارة ، ويكفي فيه الإيجاب والقبول ، ولكن لما كثر الاعتداء من الناس والادعاءات الكاذبة ؛ وجب أن يكون بإشهاد على الإعارة ، وهو عقد قائم بنفسه له شروط ، وأركان [2] فلا يكون في بيع ، كمن باع أرضًا لآخر ، واشترط استغلالها مدى الحياة فهو عقد باطل كبيع وكإعارة للجهل في العقد [3] .

2 - ويكون الاستغلال بوضع اليد مدة الحيازة الشرعية على الشيء لمدة عشر سنين أو 20 إلى آخر التفصيلات السابقة في الحيازة الشرعية القاضية بالتملك .

3 - وسبق التنويه بأن وضع اليد بحسن نية هو الذي يفيد الحيازة الشرعية المترتب عليها التملك . وأما وضع اليد بسوء نية كالغاصب والسارق ومن في حكمهم فلا تفيدهم الحيازة إطلاقًا ، طال الزمن أو قصر .

= المعمرة تطلب نصف الدار ، وهل الأبوان والأجنبيان سواء أم لا ؟ فأجاب إذا كانت المعمرة حية فهي مصدَّقة فيما تزعم من أنها أرادت أن يرجع إليها حظ من مات منهما لا إلى صاحبه . وإن ادّعى الباقي منهما أنها نصت على أن الدار تبقى للآخر منهما لزمتها اليمين . ولو ماتت ولم يُدْرَ ما أرادت يخرج ذلك على الاختلاف في الذي يحبس على معنيين فيموت بعضهم ، هل يرجع إلى المحبس أو إلى من بقى منهم حتى يموتوا كلهم ؟ ولا فرق في هذا بين الأبوين وغيرهم .

(1) تضمنت المادة 994 من القانون المدني المصري والمادة 1009 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية الحكم بانتهاء حق الانتفاع بهلاك العين المنتفع بها ، وهو يتفق مع ما جاء في المواد 1258 من التقنين العراقي ، و 1217 من التقنين الأردني .

والمادة 953 من التقنين الكويتي . وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 39 من مرشد الحيران على أن حق الانتفاع ينتهي بهلاك العين المنتفع بها .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

(2) أجمل المواق : أحكام العارية في : الضمان ، والتسلط على الانتفاع ، واللزوم ، والحكم الدافع لزوم الخصومة 268/5 .

انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 433/3 بداية المجتهد 313/2 ، الشرح الصغير 230/3 .

(3) ذكر الحطاب في المواهب جـ 6 ص 2 : حقيقة الإحياء العمارة ، والموات مالم يعمر من الأفنية وحكمه الجواز وهي سبب في الملك . التاج والإكليل للمواق جـ 6 ص 2 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 7 ص 97 ، 98 .

بند [37] حقوق المستغل

القانون الفرنسي :

أولًا : في الامتيازات العملية التي تمنح إلى المستغل في استحقاقه على العموم ، فللمستغل الحق في استعمال الشيء المترتب عليه حقه كالمالك سواء بسواء ، فيبيت إذا كان منزلًا ، ويستعمل الحيوانات في الركوب والحرث والجر كما يرى إذا كان حيوانًا ، ويصيد الطير والسمك في مساحة العقار .

وفي حالة تلاشي أو نقص الشيء المستغل بالاستعمال فلا مسئولية على المستغل ما دام لم يتعد حدوده القانونية وعليه تسليمه عند نهاية الاستغلال على حالته التي بقي عليها بدون تلف متعمد في غير حدود القانون .

وللمستغل الحق في ثمرات الشيء المترتب عليه الاستغلال ، له الحق في الثمرات لا في الإنتاج ، ولا في المناجم التي تكتشف فيما له عليه حق الاستغلال .

فالثمرات الطبيعية والصناعية تمتلك بالقبض ، فإذا كانت في فروعها أو في أصولها وقت استحقاق الاستغلال كانت ملكًا للمستغل . كما أنه إذا انتهى الاستغلال ، وكانت الثمرات موجودة في فروعها أو أصولها ، فلا حق للمستغل فيها بل هي للمالك . وفي كلتا الحالتين فلا تعويض لحرث أو سقي أو زرع لأحد . وأما الثمرات المدنية فهي تملك يومًا فيومًا .

المستغل يستفيد كالمالك من حقوق الارتفاق وعمومًا من كل حق في الانتفاع ، كالمالك ، ومن اللواحق كالطمي لا الجزر .

1 - بحث بعض حالات خاصة :

1 - استغلال مترتب على مرتب مدى الحياة : هذه المسألة نادرة الوجود عمليًا فهي تتحقق في ولد قاصر يستحق مرتبًا مدى الحياة : لأبيه أو لأمه حق الاستغلال متى باشر سلطته الأبوية ، فالمستغل له الحق في قبض المرتبات الناتجة من مرتب مدى الحياة مع عدم ملزوميته برد شيء منها .

2 - استغلال مرتب على استغلال : كاستغلال صبي له أب أو أم لهما حق التمتع في مال ولدهما ؛ فيحل المستغل من الأبوين مكان الولد المستغل في كل حق له .

3 – استغلال مرتب على دين : للمستغل قبض ما يستحق في ميعاد استحقاقه ، وله الحق في فوائده السنوية ، وله الحق في إجبار المدين قضاءً على الدفع إن لم يدفع باختياره ، ولكن لا يجوز له التنازل عن الدين ولا تجديد مدته ولا التنازل عن بعضه .

4 – استغلال مرتب على شجر ، فإن كان شجرًا يتفرع باستمرار سنويًا فقطع الزيادة يعتبر ثمرة في الغابات ، فالمستغل له الحق دائمًا سواء كانت منظمة أم لا قبل التمتع . فإن كانت منظمة قبل استحقاقه فعليه الخضوع للحالة التي وجدها . فإن لم تكن منظمة قبل الاستحقاق فعليه اتباع الحالة التي كان يجب على المالك عملها . فإن كانت بعض الأفرع تحمل ثمر الزرع ، وكانت العادة تركها مدة حتى تنضج فعل المستغل ذلك أيضًا . الأشجار ذات الثمار ، علاوة على استحقاقه الثمار فقد ألزمه القانون زرع بدل ما تلف أو خلع .

5 – استغلال مرتب على محجَّر : فإذا كان مستعملًا للاستغلال بالفعل فللمستغل قبض ثماره وهو الاستثمار ، وإن كان المحجَّرُ غير مستعمل فليس له حق في استغلاله مبتدأ .

6 – استغلال مرتب على منجم : فإذا كان مصرحًا بالمنجم إلى مالك الأرض وكان مستغلًا بالفعل فليس للمستغل دوام الاستغلال باسم المالك ، بل يجب الحصول على تصريح آخر بدكريتو [1] بعد أخذ رأي مجلس شورى الدولة . وإن كان مصرحًا به لغير المالك فللمستغل أخذ ما يعود على مالك الأرض في حق الاستعمال فقط مدة الاستغلال . فإن كان المنجم غير مستعمل وقت استحقاق المستغل فلا شيء له . فإذا صُرِّح للمستغل فعليه ضريبة المنجم إلى المالك للأرض المرتب عليها الاستغلال . فإذا صُرِّح لثالث دَفَع هذا الثالث الضريبة المحددة إلى مالك الأرض الحقيقي ، وليس للمستغل حق في ذلك .

7 – استغلال مرتب على تجارة : على المستغل إدارة التجارة والبيع وشراء البدل أولا بأول بحيث تبقى زبائن المحل التجاري وفي نهاية الانتفاع يتسلم المالك محل التجارة ، وبه مثل ما تركه وقت تسليمه وجوبًا .

8 – استغلال مرتب على قيم أسهم وسندات ، فللمستغل قبض أرباحها

(1) دكري لوا : Décret - loi كلمة فرنسية بمعنى مرسوم اشتراعي أو مرسوم بقانون . انظر : قاموس المنهل ص 359 للدكتور سهيل إدريس .

والحصص المستحقة الدفع مدة استغلاله ، فإن ربحت الأسهم أو السندات عند سحبها مبلغًا ضم لرأس المال واستغله المستغل ، وعليه إرجاع السندات والأسهم ، وهذا المبلغ المربوح إلى المالك عند نهاية استغلاله [1] .

بند [38]

حقوق المستعير [المستغل] :

التشريع الإسلامي : للمستعير فعل المأذون له في الأشياء محل الإعارة كالمالك سواء بسواء ، وله أن يفعل مثل المأذون له فيه [2] ، ولا يعد متعديًا كمن استعار دابة

---

(1) انظر : البنود من 582 إلى 599 ، في الفصل الأول ، من الباب الأول من الكتاب الثالث ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 130 : 134 .

(2) تضمنت المادة 639 من القانون المدني المصري والمادة 637 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية الحكم بحق المستعير في استعمال الشيء المعار وفقًا لما تقتضيه طبيعة استعماله أو الاتفاق في العقد ، وأن المستعير لا يضمن ما نقصه الشيء المعار إذا لم يتجاوز المستعير الإذن الذي رضي به المعير . وهذا هو ما أخذت به المواد 851 ، 852 ، 859 من التقنين العراقي ، والمادتان 772 ، 773/1 من التقنين الأردني ، والمادة 653 من التقنين الكويتي . وتتفق هذه الأحكام مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد : فقد نصت المادة 816 من المجلة على أنه « إذا كانت الإعارة مطلقة ، أي لم يقيدها المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع ، كان للمستعير استعمال العارية في أي مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريده ، لكن يقيده ذلك بالعرف والعادة .. » وفي هذا المعنى أيضًا جاءت المادة 670 من مرشد الحيران . ونصت المادة 817 من المجلة على أنه « إذا كانت الإعارة مقيدة بزمان أو مكان يعتبر ذلك القيد فليس للمستعير مخالفته ... » . ونصت المادة 818 من المجلة على أنه « إذا قيدت الإعارة بنوع من أنواع الانتفاع فليس للمستعير أن يتجاوز ذلك النوع إلى ما فوقه . لكن له أن يخالف باستعمال العارية بما هو مساو لنوع الاستعمال الذي قيدت به أو بنوع أخف منه » . وفي هذا المعنى جاءت كذلك المادة 672 من مرشد الحيران ، والمادة 206 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ، ونصها أنه « إذا استعمل المستعير العارية بغير إذن المعير في أزيد مما أعيرت لأجله فإن هلكت بهذا الزائد ضمن قيمتها ، وإن عيبت به ضمن الأكثر من قيمة العيب أو أجرة الزائد ، وإن سلمت من الهلاك والتعيب فعليه أجرة الزائد (الشرح الكبير وحاشيته جـ 3 ص 393 وما بعدها . بداية المجتهد جـ 2 ص 264) . ونصت المادة 1292 من مجلة الأحكام الشرعية على أنه « لا يشترط تعيين نوع الانتفاع في الإعارة ، فلو أعاره من غير تعيين كان للمستعير الانتفاع بالمعروف على الوجه المعتاد في المعار » ونصت المادة 1293 من هذه المجلة على أنه « كما تصح الإعارة مطلقة من غير توقيت يصح توقيتها مدة معلومة » . ونصت المادة 1295 من المجلة المذكورة على أنه « إذا اشترط المعير انتفاع المستعير على وجه خاص صح الشرط ، وليس للمستعير أن ينتفع بغير ذلك الوجه ... » وفيما يتعلق بحكم الفقرة الثانية من مادة المشروع المدني طبقًا =

لركوبه فأركب عليها مثله للمحل المعين ، أو استعار دابة لحمل أردب فول عليها فحمل قمحًا ، أو أرضًا لزرع قمح فزرع شعيرًا [1] .

فالذي يجوز له فعل المثل في المحمول لا في المسافة فإنه ممنوع ، فإن ركب الدابة لمثل المسافة المستعارة لها [2] الدابة ؛ فلا يجوز ويضمن إن عطبت [3] .

فيسكن في منزل السكنى إذا أعيرت له المنفعة فقط . فإن أعير له الانتفاع بالمنزل فله السكنى والإسكان بأجر وبغير أجر ، ويستعمل الحيوانات في الركوب مقيدًا بالشرط إذا كان هناك شرط أو بالعرف والعادة عند عدم الشرط ، أو يستعمله في الجر بما في طاقته ، ويصيد الطير والسمك في حدود الإعارة .

وعلى المستعير عند نهاية الإعارة بالشرط أو بالعرف والعادة رد العين المعارة لمالكها أو لورثته على حالتها التي هي عليها وقت نهاية الاستعمال بدون تعد متلف ، أو استعمال فوق الطاقة [4] وإلا ضمن . وللمستعير الحق في المنفعة التي

= للشريعة المقترحة فقد نصت المادة 773 من مرشد الحيران على أنه « إذا حدث من استعمال العين المستعارة عيب يوجب نقصان قيمتها ، فلا يضمن المستعير قيمة ذلك النقصان إذا استعملها استعمالًا معهودًا معروفًا ، وإنما يضمنه باستعمالها فوق المعتاد » . ونصت المادة 1312 من مجلة الأحكام الشرعية على أنه « لا ضمان على المستعير إذا تلفت العارية أو بعضها باستعمالها بمعروف واستيفاء منافعها التي أبيحت له نصبًا أو عرفًا ، أما لو تلفت بفعل غير مأذون ... كان متعديًا ضامنًا » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع) .

(1) قال الحطاب في المواهب 268/5 وما بعدها : العارية مندوب إليها وتصح من كل مالك للمنفعة ، وإن كان ملكه لها بإجارة أو عارية مالم يحجر عليه ذلك ، ومن استعار شيئًا لمدة أو اكتراه فله أن يعيره لمثله في تلك المدة ، أو يكريه إلا أن يشترط عليه أن لا يفعل ذلك . انظر كذلك : التاج والإكليل جـ 5 ص 268 وبداية المجتهد لابن رشد جـ 2 ص 314 ، 315 والشرح الصغير جـ 3 ص 230 ، 231 .

(2) في الأصل : [له] .

(3) جاء في الشرح الكبير 332/3 أنه يجوز للمستعير أن يفعل الفعل المأذون له فيه وأن يفعل مثله ، كأن استعارها ليركبها لمكان كذا ، فركبها إلى ما هو مثله ، أو ليحمل إردب فول فحمل عليها إردب قمح ، وأما الذهاب بها في مسافة أخرى مثل التي استعارها لها فلا يجوز ، ويضمن إن عطبت كالإجازة على قول ابن القاسم وهو الأرجح ، لأن الطريق قد يكون أضر مما استعارها له ، فلا يجوز . ثم تارة يحمل عليها ما تعطب بمثله وتارة مالا تعطب به ، وفي كل إما أن تعطب وإما أن تتعيب وإما أن تسلم : فما زاد ما تعطب به وعطبت فله أي لربها قيمتها وقت الزيادة عليها لأنه وقت التعدي .

انظر : الخرشي على مختصر سيدي خليل 125/6 .

(4) تضمنت المادة 642 من القانون المدني المصري والمادة 641 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة =

استعار الشيء لأجلها فقط [1] ، فلا يملك شيئًا من الشيء المستعار غير ما استعير له ؛ فلو ولدت الدابة المستعارة للركوب أوجَزَّ صوف الغنم المستعارة للسباخ أو ولدت فالنتاج للمالك ، ولا شيء للمستعير . وليس له حق فيما يُكشف في الأرض المستعارة للزراعة مثلًا من ركاز ، أو كنز ، أو دفن جاهلية حيث له المنفعة في الزراعة فقط .

ففي الحيوان عمله إلا الإعارة لصوفه مثلًا فجائزة ، وفي الأشجار ثمارها ، وفي الأرض زرعها إذا كانت تراد للزراعة أو استعمالها للتجرين [2] عليها أو لأي شيء آخر تراد له .

فإن كان المقصود من الإعارة الثمرات ، فإن كانت مؤبرة أي صالحة للاستعمال فهي ملك للمالك إلا لشرط أو عرف . فمن أعير بستانًا لثمره ، وكان به ثمار صالحة للاستعمال ، فهي للمالك لا للمستعير ، إلا إذا نص المعير على تملكها للمستعير ، أو شرط المستعير ذلك ، أو جرى العرف والعادة بذلك .

وإن كان المقصود من الإعارة المدة كإعارة منزل للسكنى ، ويتبعه بستان فمتى انتهت المدة وجب ترك المنزل والبستان على حاله ، وليس للمستعير إلا ما أخذ وانتفع ، ومعنى هذا حتى ولو كانت الثمار مؤبرة .

= الإسلامية الحكم بوجوب رد المستعير الشيء الذي استعاره بمجرد انتهاء العارية بحالتة التي كان عليها عند تسلمه ، ويرده في المكان الذي كان قد تسلمه فيه ، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ويتحمل المستعير نفقة الرد الواجب عليه . وهذا هو ما أخذت به المواد 655 ، 657 من التقنين الكويتي ، والمادتان 856 ، 860 من التقنين العراقي . والمادتان 771 ، 778 من التقنين الأردني . وهو ما يتفق مع ما نص عليه الفقهاء المسلمون ، فيما تدل عليه المواد 826 – 830 من مجلة الأحكام العدلية و 397 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام أبي حنيفة وفتح القدير 111/7 وما بعدها وحاشية ابن عابدين 773/4 و 761 و 764 من مرشد الحيران .

(1) قال ابن رشد : هل هي مضمونة أو أمانة ؛ فمنهم من قال : إنها مضمونة ، وإن قامت البنية على تلفها ، وهو قول أشهب والشافعي ، وأحد قولي مالك ؛ ومنهم من قال نقيض هذا ، وهو أنها ليست مضمونه أصلا ، وهو قول أبي حنيفة . ومهم من قال : يضمن فيما يُغاب عليه إذا لم يكن على التلف بينة ، ولا يضمن فيما لايغاب عليه ، ولا فيما قامت البينة على تلفه ، وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه . بداية المجتهد 313/2 .

(2) التجرين : الجرين جمع الزرع في البيدر : والجرن والجرين : موضع التمر الذي يجفف فيه . لسان العرب مادة (جرن) جـ 1 ص 608 .

فالثمرات الطبيعية تملك بالمدة وبالشرط ؛ فمن أعار بستانًا لمدة سنة ، وكان ذلك في وقت تأبير النخل أو طرد النحل ، ومضت السنة واستوى البلح وقطف النحل ، ولم يجزه المستعير فهو له أي للمستعير فيأخذ البلح والعسل مثلًا لأنه استحقها بالمدة والعارية كانت لذلك . وكذا لو اشترطها أو صرح بها المعير فيعمل بالشرط بينهما .

وأما الثمرات الصناعية فإن كانت تامة الصنع قبل نهاية المدة فهي للمستعير ، وإن كانت غير تامة فلا يتمها إلا لشرط أو عرف ؛ فمن أعار مصنعًا بعدده وآلاته لصنع شيء معين يمر في أدوار صناعية لمدة سنة ثم انتهت السنة فما صُنِعَ وتَمَّ ملكه المستعير ، وما لم يتم فلا يحق له إتمامه وله مواده الخامية التي يدير بها المصنع إلا لشرط فيتبع [1] .

ولاحق للمستعير في طلب تعويض عن ترتيب عمله لاستيفاء المنفعة أو عمل كذلك [2] كحرث أو سقي أو أبَّار نخل ، أو تقليم شجر بما يتم به حسن الاستغلال أو نفس الاستغلال [3] .

---

(1) قال الحطاب نقلا عن ابن رشد إذا وجب على المستعير ضمان العارية فإنه يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه بعد يمينه .
مواهب الجليل جـ 5 ص 269 ، المقدمات الممهدات لابن رشد الجد المطبوع مع المدونة الكبرى جـ 4 ص 361 ، 362 . بداية المجتهد لابن رشد جـ 2 ص 315 . الشرح الصغير جـ 3 ص 231 .

(2) تضمنت المادة 640 من القانون المدني المصري والمادة 639 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية الحكم بأنه ليس للمستعير الحق في المطالبة بتكلفة الصيانة المعتادة للشيء المستعار ، ولكن يحق له نزع ما قد يكون أضافه له على أن يعيده لحالته الأصلية التي كان عليها . وهذا هو ما أخذت به المواد 856 عراقي و 771 مدني أردني و 655 كويتي . ولا يعد الحكم بذلك عن ما نص عليه الفقهاء المسلمون ، طبقًا لما تشير إليه المادة 776 من مرشد الحيران ، ونصها أن « مؤونة العين المستعارة ومصاريف حفظها وردها تكون على المستعير » . وقد نصت المادة 815 من المجلة العدلية على أن « نفقة المستعار على المستعير » . وكذلك نصت المادة 380 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه « تكون النفقة التي تقيم أود المعار على المستعير » ونصت المادة 209 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن « ما تحتاج إليه العارية من مؤونة أَخْذِها من المعير ومؤونة ردِّها إليه ونفقتها في مدة الإعارة تكون على المستعير» (الشرح الصغير وحاشيته جـ 2 ص 229) .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 639) .

(3) قال الحطاب في المواهب : وسقيها على المعري وكملت بخلاف الواهب ،يعني أن من أعرى شخصًا نخلًا =

وأما الثمرات المدنية كالإيجار مثلًا ، فإنه يستحق يومًا فيومًا فيملكه المستعير كذلك . فإن قبض مقدمًا من أجر تنتهي المدة دونه لزمه رد ما قبضه للمالك حيث إن مدة استحقاقه تمت .

الحقوق التي لمالك العين المستعارة الخاصة بالمنفعة وما يترتب عليها تنتقل للمستعير مدة الإعارة ، فينتفع بها بكل حق للعين كالارتفاق والمرور وأخذ الطمي في أرض الزراعة إلخ كالمالك سواء بسواء .

استغلال مترتب على مرتب مدى الحياة :

سبق أن بينا أن مرتب الحياة يكون استحقاقًا في وقف أو عُمرى وهي الإسكان مدة الحياة ، فإن كان هذا الاستغلال لولد ووالداه فقيران محتاجان جاز لهما الأكل بالمعروف من هذا المرتب مع ولدهما ، وكذلك حكم استغلال مترتب على استغلال فلو أعطي ولد صغير في حجر والديه عارية وقبلها عنه أبواه ، وكانا فقيرين محتاجين فلهما الأكل بالمعروف مع ولدهما المذكور .

وأما الاستغلال المترتب على الدين فليس من قبيل العارية ، ولو جاء بلفظ العارية ؛ لأن الدين في الذمة نقد والنقد لا يبقى بعد الاستعمال . فلو تنازل رجل لآخر عن دين له على ثالث لينتفع به فهو تنازل من قبيل القرض إن شرط رده بعد الاستعمال ، أو من قبيل الهبة إن لم يشترط الرد . وأما انتفاعه من أرباح هذه الديون فهو محرم قطعًا ، ولا يجوز لا أخذ الفائدة ولا الانتفاع بها . وهذه دعو سامية للمشرع الإسلامي في وجوب العمل على الغني والفقير ، لا أن يأكل الغني من ربح ماله لا يتعرض فيه إلا للكسب فقط دون الخسارة فيستعبد الناس بماله ، ويكون عالة على المجتمع من غير عمل ينتفع به الناس ، بل يحبس النقد من السير في أعمال العالم إلا لفائدة تعود على شخصه الكسول . لهذا منع المشرع الفائدة على أن من علماء الاقتصاد كثيرين يقولون بمنع الفائدة .

وأما الاستغلال المترتب على شجر فإن كان المراد به الأفرع للوقود أو للفحم

= أو نخلات من حائطه فإن على رب الحائط سقى تلك النخلة أو النخلات ، وعليه زكاة ثمرتها سواء أعاره إياها قبل الجذاذ أو بعده . 405/4 ، 505 .

فللمستعير قطعها في وقتها حسب العرف والعادة ولا يتجاوز في استعماله ما تعارف الناس عليه أو شرطه المالك للعارية . وعلى المستعير تعهد الشجر محل المالك بما يبقى عينه محلًا للاستثمار ، ولا يقلع منه شيئًا ، ولا يتلفه فإن فعل ضمن . وليس المستعير ملزمًا بزرع شجر بدل ما تلف ، أو خُلِع لأن الغايات تختلف في نظر المالك والمستعير غير أن المستعير إذا أتلف ، أو خلع شجرًا ضمن قيمته ، لأنه من المقوم ، يومَ الخلع أو الإتلاف لأنه يوم التعدي (1) .

وأما إعارة المحجر أو المنجم فالاستغلال فيهما يقتضِي استهلاك ما يخرج منهما ؛ فلا تبقى عين المحجر أو المنجم لترد ، فيعتبر هذا تمليكًا على أنه هبة أو تبرع ، لأن شرط العارية غير موجود فيهما ، وهو رد العين المستغلة بعد الاستغلال (2) .

وأما استغلال محل التجارة ففيه إفناء للعروض ببيعها فترجع إلى قرض في أثمان عروض التجارة إن اشترط الرد ، وإلى هبة إن لم يشترط . فخرج بذلك عن العارية ودخل في عامل التجارة . فإن كانت أعيان التجارة مثلية أي تكال ، أو توزن ، أو تعد ، أو مقومة بأن كانت تراد لذاتها ، ومثلها تختلف فيه الناس والغايات فإنه بتصرفه في التجارة بها ، والبيع ، والشراء فيها قد التزم رد مثلها إن كانت مثلية ، أو رد قيمتها إن كانت مقومة . وعلى كل حال فليست هي عين العروض التي أعيرت له لينتفع بها فقد انتفى شرط رد عين الشيء المستعار . فاستغلال محل التجارة لا يدخل في العارية ، حتى بمقتضى تعريف القوانين الوضعية حيث اشترط رد العين المستعارة بعد استيفاء المنفعة ، اللّهم إلا إذا قلنا رد العين أو ما يماثلها تجاوزًا وهذا ليس من التشريع في شيء . وأما إعارة أسهم الشركات بما ترتب عليها من كسب أو خسارة فهو جائز ؛ لأن أسهم الشركات وسنداتها لها قيمة معلومة ، وهي خاضعة للأعمال التجارية من ربح وخسارة . فإن الشركات ذات الأسهم

---

(1) قال الدردير في الشرح الصغير عن اشتراط عدم ذهاب العين واستهلاكها بالإعارة في الشيء بأنه يلزم كونه المستعار ذا منفعة مباحة من عرض ، أو حيوان ، أو عقار ينتفع به مع بقاء عينه يُرد لربه بعد الانتفاع به لا طعام أو شراب ليؤكل أو يشرب فإن فيه ذهاب عينه بذلك . الشرح الصغير جـ 3 ص 231 .

(2) في المدونة جـ 4 ص 363 « قال مالك من أعمر رجلا حياته فمات المعمر رجعت إلى الذي أعمرها » . راجع مواهب الجليل جـ 5 ص 269 ، 270 والتاج والإكليل جـ 5 ص 269 ، 270 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 314، 315 ، والشرح الصغير جـ 3 ص 231 ، 232 .

تعمل مدة السنة في بيع ، وشراء ، أو في تعهدات إنشائية ، أو في زراعات مثلًا وفي نهاية كل سنة يستنزل ما صرف على أعمالها ، ويقسم الباقي على عدد الأسهم فيخص كل سهم مثلًا 4٪ فشراؤها جائز وإعارتها جائزة لأخذ ثمراتها ، وهو الربح إن كان . وليس للمستعير بيع رأس المال (يعني الأسهم والسندات) ؛ لأن ثمنها للمعير ملكه وربحها من بيعها يعود على مالكها وليس للمستعير فيه شيء . فلو كان ثمن السهم 4 جنيهات مصرية وقت الشراء ، ثم أعار مالكها الانتفاع بها إلى زيد من الناس مدة سنتين مثلًا ، ثم باعها المالك في نهاية المدة بسعر ستة جنيهات مصرية ففرق السعر ملك لمالكها وهو جنيهان في كل سهم لا للمستعير ، وعلى المستعير إرجاع الأسهم لمالكها بعد نهاية مدة الاستعارة [1] .

بند [39] أعمال قانونية يباشرها المستغل

القانون الفرنسي : في الأصل يجوز للمستغل مباشرة الأعمال القانونية الإدارية التي تمكنه عادة من استعمال حق التمتع . فيجوز له الاستغلال بنفسه ويجوز له إعطاؤها للغير إجارة لكن يلزمه مراعاة القواعد المقيد بها الزوج بالنسبة لأملاك زوجته الخاصة في الشركة الزوجية في مدة الإجارة وتجديدها ، كذلك يراعى ما نص عليه قانونًا بالنسبة للوصي في عقار القاصر .

فمدة عقد الإيجار تسع سنوات والمالك ليس مقيدًا بغير هذه المدة . وتجديد العقد الذي لم ينته أجله يكون لسنتين في العقار المدني ولثلاث سنين في العقار الحقلي .

إيجار المنقول : يجوز للمستغل إيجار المنقول للغير لاستغلاله بشرط عدم تعرض هذا المنقول للتلف ، وبشرط عدم وجود طريق استغلال غير هذه .

أعمال قضائية ونظامية : تدخل بعض أعمال قضائية تحت سلطة المستغل كبيع الزرع المقطوع ، أو المعد للضم ، وعلى المالك احترام بيعه هذا ولو كان الزرع في أفرعه ، أو على أصوله بشرط ألا يكون البيع حصل بتدليس . لكن ثمن المبيع يعود إلى المالك عند انتهاء مدة الاستغلال ، ولما تزل الثمرة على أصولها .

---

(1) قال الدردير عن تعريف الإعارة : تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض . الشرح الصغير جـ 3 ص 230 ، مواهب الجليل الحطاب جـ 5 ص 269 ، 270 ، حاشية الرهوني على الزرقاني جـ 6 ص 197 .

وأباح القانون للمستغل التنازل عن حقه بعوض ، وبغير عوض ورهن حق الانتفاع للغير مدة الاستغلال . ويجوز الحجز على حق الاستغلال من دائني المستغل وبيعه لمصلحتهم .

حفظ حق المستغل :

إذا كان حق الاستغلال مرتبًا على عقار فللمستغل دعويان لحفظ حقه ضد أي شخص :

1 - دعوى إثبات الملكية . 2 - ودعوى وضع اليد .

فدعاوى الملكية الخاصة بالمستغل تسمى اعترافية (اعتراف بحق الاستغلال) ، وله رفع هذه الدعاوى قبل الثالث واضع اليد للاعتراف بحقه كمستغل ، ولتمكينه من وضع يده لاستغلال العين المرتب عليها حقه .

كما يجوز للمستغل رفع دعوى وضع اليد لوضع حد لمن ينازعه في وضع يده واستغلال حقه . وهذه الدعاوى عينية لتعلقها بالعقار ، وله رفع دعوى شخصية لتسليم الأملاك التي ترتب له عليها حق وهي نتيجة أساسية لحق الانتفاع كالهبة والبيع والوصية [1] .

بند [40]

التشريع الإسلامي : يجوز للمستعير الانتفاع بنفسه من الشيء المستعار [2] ، كما يجوز له الانتفاع بواسطة غيره بطريق الوكالة ، أو الإجارة ، أو الإعارة بشرط ألا يمنع المعير ذلك أو يمنع ذلك العرف والعادة من أن العارية لا تعار [3] . وروي عن الإمام

---

(1) انظر : البنود من 582 إلى 599 ، في الفصل الأول ، من الباب الأول من الكتاب الثالث ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 130 : 139 .

(2) للمستعير أن يفعل الفعل المأذون له فيه . الشرح الصغير 332/3 .

(3) جاء في نهاية الفقرة الأولى من المادة 639 من القانون المدني المصري الحكم بأنه لا يجوز للمستعير « دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع » . وهو ما نصت عليه المادة 638 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية التي قضت بأنه ليس للمستعير التصرف في الشيء المعار أو في عينه بإعارة أو أجارة أو رهن أو تزول عن الاستعمال ، إلا بإذن من المعير . فإن فعل ذلك دون إذن ، جاز للمعير فسخ العارية والرجوع عليه بالتعويض . ذلك أن العارية تبرع تراعي فيه عادةً شخصيةُ المستعير ، وهو ما أخذت به المواد 774 من التقنين الأردني ، و 654 من التقنين الكويتي ، و853 ، 855 من التقنين العراقي . وفي الفقه الإسلامي لا يجوز للمستعير أن يؤجر العين المستعارة ولا أن يرهنها بدون إذن المعير (م 823 من المجلة و م 767 من مرشد الحيران و م 385 من مشروع تقنين =

مالك قولان أولهما : تعار إلا لشرط أو عرف ، ثانيهما : لا تعار إلا لشرط .

فإن أعار العارية أو أجرها فهو مقيد بأجل العارية أو شرطها ، أو العرف فيها بينه وبين المالك ، فليس المالك مقيدًا بما يفعله المستعير خارجًا عن أجله ، أو شرطه ، أو العرف [1] .

فإن زادت مدة الإجارة عن مدة العارية فللمالك الخيار في الإمضاء ، وله الأجر في المدة الزائدة ، وفي الفسخ لأن على المستعير إخلاء المحل المعار كما كان ، وإرجاع الشيء المعار لمالكه على حالته بعد الاستعمال . والإيجار كما يكون للعقار يكون للمنقول بشرط رضاء المالك ، أو بحكم العرف والعادة ؛ فمن استعار دابة لينقل عليها أتربة من حقله لمنزله أو ليركبها من بلد كذا إلى بلد كذا فالعرف والعادة لا يبيحان [2] له كراؤها ، ولو علم ربها بذلك ما أعارها . لهذا وجب التقيد في استغلال الشيء المعار بالشرط والعرف والعادة . وإن تعدى المستعير ذلك ضمن إذا تلفت . وسيأتي تعدي المستعير في الحمل والمسافة [3] .

وجاز طلب إعارة خادم أو دابة على أن يعيره مثلها بخادم أو دابة في هذا اليوم أو الشهر ، وتسمى إجارة الإعارة ؛ لأنها منافع بمنافع سواء اتحد نوع المعار فيه أو اختلف ، اتحد الزمن أو اختلف ، لكن بشرط تعيين الزمن أو العمل كالإجارة ،

= الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام (أبي حنيفة و م 1314 من مجلة الأحكام الشرعية . وإذا أطلق المعير الإذن بالانتفاع ولم يعين منتفعا جاز للمستعير أن ينتفع بنفسه بالعين المستعارة وأن يعيرها لمن شاء . وإذا قيدها المعير وعين منتفعا يعتبر تعيينه فيما يختلف باختلاف المستعمل فلا يملك المستعير إعارتها لغيره ، ولا يعتبر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل فيملك المستعير إعارتها لغيره (م 762 من مرشد الحيران و م 819 ، 820 من المجلة العدلية . انظر مع ذلك 1313 م من مجلة الأحكام الشرعية ، وقد جاء فيها فيها أنه « ليس للمستعير إعارة العارية بلا إذن المالك ... » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 638) .

(1) قال الحطاب في المواهب 268/5 وما بعدها : إذا منع المعير المستعير من الإعارة فإنه ليس له الإعارة . قال ابن سلمون : العارية مندوب إليها وتصح من كل مالك للمنفعة ، وإن كان ملكه لها بإجارة أو عارية ما لم يحجر عليه ذلك ، ومن استعار شيئًا لمدة أو اكتراه فله أن يعيره لمثله في تلك المدة أو يكريه إلا أن يشترط عليه أن لا يفعل ذلك .

(2) في الأصل : [يباح] .

(3) قال ابن رشد في بداية المجتهد [وأما المعير فلا يعتبر فيه إلا كونه مالكًا للعارية إما لرقبتها إما لمنفعتها ، والأظهر أنها لا تصح من المستعير أن يعيرها . بداية المجتهد ابن رشد جـ 2 ص 313 .

وبشرط أن يقرب العقد من زمن العمل ، وهذه المسائل كثيرة الوقوع في ريف مصر عند فقراء الفلاحين في الدواب ، والماشية حتى في العمل اليدوي فهو جائز .

للمستعير أو المستغل أن يبيع زرع الأرض المستعارة وثمر الحديقة المستعارة كما يشاء بلا تعرض من أحد ، سواء كانت مقطوعة أو معدة للقطع أو الحصاد بشرط أن يكون مالكا لذلك بمقتضى شرط الإعارة أو مدتها . فإن كان لا يملك ذلك لا بمدة ولا بشرط فهو بيع ملك الغير . فإن باعه بحضور المالك ولم يعترض فليس له إلا الثمن فإن سكت سنة فليس له شيء (يراجع بيع الفضولي) [1] . فلو أعار شخص بستانًا لآخر مدة سنتين ابتداء من أول يناير فيملك المستعير ثمار هذه الحديقة وما يزرعه فيها من بقول وخضراوات هذه المدة ، فلو باع المستعير محصول السنة الثالثة الذي لا يستحقه بمقتضى المدة مثلًا فقد باع ما لا يملك ، فالخيار للمالك إن شاء أمضاه وأخذ الثمن ، وإن شاء نقضه ، وليس لأنه مستغل يحق له التصرف في أملاك الغير . والقانون يحتم على المالك احترام تصرفه ، وإن أعطاه الثمن فلا يجب أن يكون الخيار للمالك ، وهو العدل .

وبما أن حق الاستغلال ثابت للمستغل قانونًا ككل حق ، فيجوز له التنازل عنه بعوض وبغير عوض ، كما يجوز له جعله توثقًا في معاملته مع الآخرين فيجوز بيعه للسداد ، والحجز عليه لدائنيه . بشرط ألا يخالف شرطًا أو عرفًا .

عقد الإعارة قصد به معروف كالهبة والوقف مثلًا ، ولكن ليس هذا معناه أن يترك حق المستعير تبع أهواء المعير ، فعقد الإعارة حكمه كالآتي :

أولًا : إذا كانت الإعارة مقيدة بعمل أو أجل فهي لازمة للمعير وليس له أن يتحلل منها بأخذ الشيء المستعار قبل نهاية الأجل أو العمل ؛ فمن أعار أرضًا لزراعتها قمحًا فليس له الرجوع في الإعارة ولزمته حتى تنتهي زراعة القمح ، أو أعار دابة للركوب مدة شهر كذلك ، فيجبر المالك قضاءً على إبقاء العين المعارة في

---

(1) قال الدردير : وصح بيع غير المالك للسلعة ، وهو المسمى بالفضولي ، ولو علم المشتري أن البائع لا يملك المبتاع ، وهو لازم له منحل من جهة المالك ، ووقف البيع على رضاه ما لم يقع البيع بحضرته وهو ساكت فيكون لازما من جهته أيضًا ، وصار الفضولي كالوكيل . الشرح الصغير 5/3 .

يد المستعير حتى ينتهي العمل أو يمر الأجل قولًا واحدًا [1] .

---

(1) نصت المادة 643 من القانون المدني المصري والمادة 658 من التقنين الكويتي . والمادة 861 من التقنين العراقي . والمادتان 1/776 ، 777 من التقنين الأردني على انتهاء الإعارة المؤقتة بمضي الأجل المتفق عليه ، وهو ما أخذت به المادة 643 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة ؛ ويتفق ما تقضي به هذه المواد مع ما جاء في الفقه الإسلامي ؛ فقد نصت المادة 826 من المجلة العدلية على أن « العارية المؤقتة نصًا أو دلالة يلزم ردها للمعير في ختام المدة ، لكن المكث المعتاد معفو ... » . ونصت المادة 827 من المجلة العدلية كذلك على أنه « إذا استعير شيء للاستعمال في عمل مخصوص فمتى انتهى ذلك العمل بقيت العارية في يد المستعير أمانة كالوديعة ، وحينئذ ليس له أن يستعملها ولا أن يمسكها زيادة على المعتاد ، وإذا استعملها أو أمسكها فهلكت ضمن . وفي هذا المعنى أيضًا المادة 764 من مرشد الحيران . ونصت المادة 396 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه « إذا كانت العارية مؤقتة وأمسكها المستعير بعد مضى الوقت فهلكت ضمن » (انظر المذكرة الإيضاحية لهذه المادة وكذلك : ابن عابدين جـ 4 ص 772) . وفي خصوص كون العارية غير لازمة في حق المعير إذا كانت غير مقيدة بمدة أو بعمل ، فيجوز له إنهاؤها في أي وقت . قال ابن القاسم وأشهب (في مذهب مالك) : إذا لم تقيد الإعارة بزمن ولا عمل فلا يلزم ربها شيء ، وللمعير أن يسترد العارية متى شاء (بداية المجتهد جـ 2 ص 262 و القوانين الفقهية ص 358 وشرح مجموع الأمير جـ 2 ص 196 . الشرح الكبير وحاشية جـ 3 ص 394) . وقد أخذ الحنابلة بأن العارية غير لازمة في حق المستعير في جميع الأحوال ؛ فقد نصت المادة 1299 من مجلة الأحكام الشرعية على أن « العارية ليست من العقود اللازمة ، فللمستعير أن يرد العارية متى شاء ، وللمعير الرجوع فيها متى شاء ، مطلقة كانت أو مؤقتة ولو قبل شروع المستعير في الانتفاع أو قبل انقضاء غرضه أو قبل الوقت المعين في المؤقتة » . أما في خصوص كون العارية لازمة أو غير لازمة في حق المعير إذا عين لها أجل أو حدد لها عمل أبرمت من أجله ، فقد اختلف الفقه الإسلامي : حيث يرى الحنفية والشافعية والحنابلة أن الإعارة غير لازمة في حق المعير . ولو كانت مقيدة بزمن أو عمل ، فيجوز له استرداد العارية في أي وقت ، فقد نصت المادة 806 من المجلة على أن « للمعير أن يرجع عن الإعارة متى شاء » . ونصت المادة 825 على أنه « متى طلب المعير العارية لزم المستعير ردها إليه فورا ، وإذا وقفها وآخرها بلا عذر فتلفت العارية أو نقصت قيمتها ضمن » ونصت المادة 768 من مرشد الحيران على أن من حق « للمعير أن يسترد العارية ويرجع فيها في أي وقت شاء ، ولو كانت مؤقتة أو كان في استردادها ضرر ، إلا إذا كان الضرر لزواله نهاية معلومة كالزروع أو كان قريب الزوال ، فليس للمعير الاسترداد وتبقى العين في يد المستعير بأجر مثل حتى يزول الضرر » . ونصت المادة 382 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أن من حق « المعير أن يرجع في العارية متى شاء ، ولو كانت مؤقتة أو كان في الرجوع ضرر بالمستعير ، فتبطل العارية بالرجوع وتبقى العين المستعارة بأجر المثل إن كان ثمة ضرورة لبقائها » الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ 4 ص 768. انظر كذلك المادة 1299 من مجلة الأحكام الشرعية (على المذهب الحنبلي) التي تقدم ذكرها . بينما يرى المالكية أن الإعارة تكون لازمة في حق المعير إذا كانت مقيدة بزمن أو عمل . فلا يجوز له استرداد العارية قبل نهاية المدة أو تمام العمل . وقد نصت المادة 207 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أنه « إذا قيدت مدة الإعارة بزمن أو عمل فليس للمعير أن يسترد العارية من المستعير قبل انتهاء مدتها ، وإن =

ثانيًا : إذا كانت الإعارة غير مقيدة لا بعمل ولا بأجل فهل للمالك أخذ الشيء المعار في أي وقت يشاء ، ولا يلزمه ترك العارية مدة ما يرى الناس أنها مدة ما تراد له هذه العارية ، أو ليس للمالك أخذ العارية إلا بعد مضي مدة ما تراد لمثلها هذه العارية عادة ؟ قولان في الراوية ، والراجح أن المالك غير مقيد بتركها مدة ما تراد له لأن المستعير قد دخل على ذلك فلا ظلم [1] عليه [2] .

= لم تقيد بزمن ولا عمل فليس له أن يستردها قبل انتهاء المدة المعتادة في إعارة مثلها . وله استردادها منه متى شاء في جميع الحالات إذا استعملها في غير ما أعيرت لأجله مع مراعاة أحكام المادة السابقة » (بداية المجتهد جـ 2 ص 262 . القوانين الفقهية ص 358 . شرح مجموع الأمير جـ 2 ص 196 . الشرح الكبير وحاشيته جـ 3 ص 394) .
وقد أخذت المادة المذكورة في المدني المصري والمشروع بمذهب المالكية في لزوم العارية في حق المعير إذا كانت مقيدة بزمن أو عمل . هذا ، وقد اشترطت الفقرة الثالثة من مادة المشروع المدني طبقًا للشريعة في استعمال المستعير حقه في رد الشيء المعار قبل انتهاء العارية ألا يترتب عليه ضرر للمعير . وذلك استنادًا إلى القاعدة العامة التي تقضي بأنه « لا ضرر ولا ضرار » . وقد جاء في قواعد ابن رجب ص 111 القاعدة الستون) أن التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررًا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه » .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 634) .

(1) يتفق ذلك مع ما قضت به المادة 644 من القانون المدني المصري ، وهو ما أخذت به المواد 643 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 862 من التقنين العراقي ، والمادة 659 من التقنين الكويتي ، وهي تقضي بأنه إذا اتفق على أجل معين للعارية أو على غرض معين ، فإن العارية مع ذلك تنتهي قبل انقضاء الأجل أو تحقيق الغرض ، إما بسقوط الأجل إذا طرأت الحاجة للمعير أو أعسر المستعير ، وإما بفسخ العارية إذا أساء المستعير استعمال الشيء المعار أو قصر في المحافظة عليه . أما إذا لم يتفق على أجل معين ولا على غرض معين ، فإن العارية تنتهي في أي وقت يريده المعير .
انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي في المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني ، طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . وما تقضي به هذه المواد يدخل في نطاق ما يراه جمهور الفقه الإسلامي ، الشافعية والحنفية والحنابلة ، من أن الإعارة غير لازمة في حق المعير ولو كانت مقيدة بزمن أو عمل ، فيجوز له استرداد العارية في أي وقت ، سواء في الحالات المذكورة في هذه النصوص أو في غيرها (انظر المادتين 806 ، 825 من المجلة العدلية والمادة 768 من مرشد الحيران والمادة 382 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة والمادة 1299 من مجلة الأحكام الشرعية) . وفي خصوص حق المعير في فسخ العارية إذا أساء المستعير استعمال الشيء المعار أو قصر في المحافظة عليه ، فإن حكم هذه المواد يتفق مع الجمهور في ذلك . فقد نصت المادة 207 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن « للمعير أن يسترد العارية متى شاء في جميع الحالات إذا استعملها المستعير فيما هو أشق عليها مما أعيرت لأجله » .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 643) .

(2) قال الدردير : وجاز أن يقول أعِنّي بغلامك مثلًا في هذا اليوم أو الشهر لأعينك في غد مثلًا بغلامي أو دابتي ، =

وكل هذا مالم تكن الإعارة للبناء أو الغرس ،فإن كانت لهما ولم تقيد بمدة فإن المعير ملزم بدفع ما أنفقه المستعير ؛ لأنه غرر به في الجملة . فإن أراد أخذ العارية فعليه دفع ما أنفقه المستعير ، فإن دفع النفقة التي تكلفها المستعير فله الرجوع قولًا واحدًا . وإن لم يدفع وجب عليه انتظار الوقت الذي تراد له مثل هذه الإعارة كأن كان في مولد أو مهرجان مثلًا ، فيجب عليه انتظار انتهاء مدة المولد أو المهرجان مثلًا وهو الوقت الذي أريدت له مثل هذه العارية . وقد نص في المدونة [1] على أن المعير له الرجوع في مسألة الإعارة للبناء أو الغرس إن دفع له قيمة ما أنفقه أهـ .

فإذا تم التعاقد بين المعير والمستعير ولزمت العارية بأن تحددت المدة أو العمل ، أو إذا لم تحدد المدة أو العمل ، وكانت الأرض المعارة للبناء أو الزرع ، ولم يدفع المعير ما أنفقه المستعير ، وامتنع المعير من تسليم الشيء المستعار فللمستعير الحق في مقاضاة المعير شرعًا [2] ، وتسلم العارية ويجبر المعير على ذلك كما يجوز للمستعير أن يحفظ حقه قبل أي شخص ينازعه في استيفاء منفعة الشيء المعار فله دعوى ملكية المنفعة . وهذه الدعاوى تكون عينية إذا تعلقت بالعقار . وإن تعلقت بالمنقول فهي شخصية حسب اصطلاح الفقهاء الحديث . وعلى العموم فللمستعير الحق في استيفاء المنفعة والمحافظة عليها في الابتداء والدوام [3] .

= وهي حينئذ إجارة لا إعارة ، لأنها منافع بمنافع ، وسواء اتحد نوع المعار فيه أو اختلف كبناء وحصاد ، وسواء اتحد الزمن فيهما أو اختلف فيشترط فيها تعيين الزمن أو العمل كالإجارة . الشرح الصغير للدردير جـ 3 ص 231 .

(1) المدونة للإمام مالك بن أنس المتوفى سنة (179 هـ) واسم الكتاب « المدونة الكبرى » رواها الإمام سحنون عن الإمام ابن القاسم عن الإمام مالك وهي من أجل الكتب في الفروع المالكية .

سير أعلام للنبلاء 169/16 ، معجم المطبوعات 2 / 169 ، 1610 .

(2) قضت المادة 637 من القانون المدني المصري بأنه :

1 – إذا اضطر المستعير إلى الإنفاق للمحافظة على الشيء أثناء العارية ، التزم المعير أن يرد إليه ما أنفقه من المصروفات .

2 – أما المصروفات النافعة فتتبع في شأنها الأحكام الخاصة بالمصروفات التي ينفقها من يحوز الشيء وهو سيِّئ النية » وقد أخذت بذلك المادة 849 من التقنين العراقي والمادة 651 من التقنين الكويتي والمادة 635 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 635) .

(3) قال في المدونة : قلت : أرأيت إن أراد الذي بنى أو غرس أن يخرج قبل الأجل أله أن يقلع نقضه ، وغراسه قبل الأجل ؟ قال : نعم ذلك له إلا أن لرب الأرض أن يأخذ البناء والغرس بقيمته ، ويمنعه نقضه إذا دفع إليه قيمة ما له فيه منفعة ويمنعه أن ينقض ما ليس له فيه منفعة . المدونة الكبرى جـ 4 ص 362 .

بند [41] واجبات المستغل

القانون الفرنسي : حق المستغل على العين موضع الاستغلال . وعلى مالك العين أن تبقى العين سليمة لاستغلاله ، وألا يضيع عليه المالك حق الاستغلال . وحق المالك على المستغل حفظ حق ملكيته على العين المستغلة بحيث لا يعارضه فيها معارض ، ويتسلمها كاملة بعد مدة الاستغلال . غير أن هناك مواضع يجب بحثها .

أولًا : واجبات ما قبل الاستغلال : يتعين على المستغل عمل شيئين :

(1) حصر المنقولات وإثبات أوصاف وحالة العقار ؛ وذلك لمعرفتها معرفة حقيقية حتى إذا انتهت مدة الاستغلال أعادها للمالك كما تسلمها .

وطريقة الحصر تكون حتى بمحضر عرفي بإمضاء المستغل متى كان الطرفان مكلفين . فإن لم يكونا كذلك أو كان أحدهما فقط وجب أن يكون الحصر بمعرفة مسجل العقود على نفقة المستغل .

فإن لم يعمل الحصر جاز للمالك عدم تسليم العين موضع الاستغلال للمستغل حتى يقدم كشف الحصر أولًا . فإن سلم المالك مع عدم الحصر فيفترض القانون أن العقار كان على أحسن حال ، ويجوز إثبات المنقول ولو بشهادة شهود مهما كانت قيمته [1] .

ويجوز لمن رتب حق الاستغلال معافاة المستغل من الحصر وإثبات الحالة ؛ بل يجوز أيضًا أن يعمله على حسابه هو .

(2) تقديم ضمان استغلال كأنه رب عائلة حازم ، والضمان أن يضمن شخص للمالك إرجاع المنقول والعقار موضع الاستغلال بعد مدته على حالته التي تسلمه [2] بها . ويجب على الضامن أن يكون حائزًا لجميع الصفات المطلوبة في الضامن قانونًا (يعني رشيدًا مقتدرًا مقيمًا بدائرة محكمة الاستئناف) .

ويمكن للمستغل تقديم ضمان مالي مضمون ، ومعادل للضمان الشخصي كمبلغ يودع أمانة أو أسهم مالية أو رهن عقاري .

فإن لم يجد المستغل ضامنًا ، ولا ما يحل محله تعين :

---

(1) في الأصل : [قيمتها] .

(2) في الأصل : [تسلمها] .

(1) إما إيجار العقار واتخاذ إجراءات لحفظ العين أو إصلاحها وما بقي يأخذه المستغل .

(2) أو تعيين حارس يتولى قبض الإيراد ، ويحفظ منه المصاريف الضرورية ، ويعطي المستغل ما زاد عن ذلك ثم توضع المبالغ الباقية بعد هذا لاستغلالها فيأخذ المستغل فوائدها . أما المنقول فيجوز للمالك طلب بيعه ووضع ثمنه للاستغلال ، وللمستغل فوائده إذا كان هذا المنقول يتلاشى بالاستعمال . ويجوز للمحكمة إبقاء بعض المنقول لاستعمال المستغل الشخصي تحت ضمانته الشخصية ، على أن يسلمها عند نهاية الاستغلال ، ويحلف على ذلك يمينًا .

وفي كل هذه الأحوال فالمستغل يستحق الثمرة من يوم استحقاقه قانونًا [1] .

بند [42]

التشريع الإسلامي : العين المستعارة يملك المستعير فيها حق الانتفاع ؛ فيجب تمكينه منها على الوجه المتفق عليه ، أو بمقتضى العرف والعادة . والمعير يملك رقبة الشيء المعار[2] ، فيجب على المستعير المحافظة عليه [3] ورده

(1) انظر : البنود من 600 إلى 616 ، في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثالث ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول 134 – 138 .

(2) المستعار « ذو منفعة مباحة من عرض ، أو حيوان ، أو عقار ينتفع به مع بقاء عينه لربه بعد الانتفاع به » الشرح الصغير (231/3) .

(3) هذه المادة تقابل المادة 641 من القانون المدني المصري ونصها :

1 – على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد . فالتزام المستعير في هذا الصدد التزام ببذل عناية . حيث يكون عليه أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله ، دون أن ينزل في ذلك عن عناية الشخص العادي . ومن ثم يكون مسئولا عن هلاك الشيء المعار أو تلفه أو تعييبه ، إلا إذا أثبت أنه بذل في المحافظة عليه هذا القدر من العناية . فإن قصر في ذلك وجبت مسئوليته عن تعويض التلف . والقاعدة أن المدين لا يسأل عن القوة القاهرة ، سواء في العارية وفي غيرها من العقود . ولكن القانون أورد في العارية استثناء لهذه القاعدة بغرض التشدد في مسئولية المستعير باعتبار أن العارية عقد تبرع . وفي الفقه الإسلامي يرى الشافعية والحنفية والمالكية أن العارية أمانة في يد المستعير ، ومن ثم لا يضمن المستعير العارية إلا بالتعدي عليها أو التقصير في المحافظة عليها . ذلك أن مسئولية الشخص عما في حيازته من مال مملوك للغير تختلف بحسب ما إذا كانت يده يد أمانة أو يد ضمان ، فإن كانت الأولى كما هو الشأن بالنسبة إلى المستعير فإنه لا يضمن إلا بالتعدي أو =

كاملًا كما سلِّم له [1] .

1 – وإنه لضمان عدم التنازع مستقبلًا عند رد العارية لربها في أنها نقصت أو تلف

= التقصير ، وإن كانت الثانية فإنه يضمن ولو لم يصدر منه تعد أو تقصير . وقد خالف الحنابلة جمهور الفقهاء في ذلك ، فاعتبروا يد المستعير يد ضمان ، وذلك بناء على قاعدة لديهم وهي أن من حاز مالًا لغيره لمصلحة نفسه دون عوض ضمن تلفه وهلاكه ، ولو كان التلف أو الهلاك بلا تعد أو تفريط (انظر في هذا المعنى بالنسبة إلى العارية م 1206 من مجلة الأحكام الشرعية) . وقد أخذت المادة 640 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بمذهب الجمهور ، فاعتبرت يد المستعير يد أمانة ، بحيث لا يضمن إلا إذا صدر منه تقصير في المحافظة على العارية أو تعد عليها .

وفي نصوص الفقه الإسلامي ما يواجه هذه الأحكام ، فقد نصت المادة 813 من المجلة العدلية على أن العارية أمانة في يد المستعير ، فإذا هلكت أو ضاعت أو نقصت بلا تعد ولا تقصير ، فلا يلزم الضمان ... ونصت المادة 376 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه « تكون العارية أمانة في يد المستعير لا تضمن إن هلكت من غير تعد ، (الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ 4 ص 767 . مجمع الأنهر جـ 2 ص 646 . فتح القدير جـ 7 ص 104) . ونصت المادة 814 من المجلة العدلية على أنه « إذا حصل من المستعير تعد أو تقصير بحق العارية ، ثم هلكت أو نقصت قيمتها ، فبأي سبب كان الهلاك أو النقص يلزم المستعير الضمان ... » . ونصت المادة 772 من مرشد الحيران على أن « العارية لا تضمن بالهلاك من غير تعد ، ويبطل اشتراط ضمانها في العقد ، وإنما تضمن بتعدي المستعير عليها أو بتقصيره أو إهماله في المحافظة عليها » .

ونصت المادة 204 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن العارية أمانة في يد المستعير ، فعليه أن يحافظ عليها وأن يتعهدها بالصيانة مما يخاف عليها منه ، وتركه لذلك تفريط يوجب الضمان ، (الشرح الكبير جـ 3 ص 392 والشرح الصغير وحاشيته جـ 2 ص 228) . ونصت المادة 774 من مرشد الحيران على أنه « إذا كان في إمكان المستعير منع التلف عن العارية بأي وجه ولم يمنعه ، يكون متعديًا فيضمنها . وإن أخذ العارية متغلب ولم يقدر المستعير على دفعه ، فلا ضمان عليه » . ونصت المادة 384 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه « إذا اشترط الضمان في العارية بطل الشرط » (الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ 4 ص 761) . وفي هذا المعنى أيضًا ما جاء في المادة 772 من مرشد الحيران التي تقدم ذكرها . ونصت المادة 205 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أنه « لا يعمل بشرط الضمان على المستعير فيما لا يضمن فيه » . ونصت المادة 1297 من مجلة الأحكام الشرعية (المذهب الحنبلي) على أنه « يلغى كل شرط ينافي مقتضى عقد الإعارة ، فلو شرط نفي الضمان لغى الشرط » . والمادة المذكورة من المشروع تقابل المادتين 857 ، 858 من التقنين العراقي ، والمادة 770 من التقنين الأردني ، والمادة 656 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

(1) الشيء المستعار وهو ذو منفعة مباحة من عرض أو حيوان أو عقار ينتفع به مع بقاء عينه ليُرد لربه بعد الانتفاع به . الشرح الصغير جـ 3 ص 231 ، مواهب الجليل جـ 5 ص 269 ، 270 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 197 ، 198 .

بعضها أو استعملت فوق الطاقة يجب حصر الشيء المعار بإثبات أوصافه وحالة العقار في محضر من نسختين يحفظ المعير والمستعير نسخة منه للعمل بها عند التنازع [1] ، ولم ينص على ذلك شرعًا ولكنه لا يتنافى مع القواعد الشرعية الصحيحة فيصار إليه . وقد وضع المتشرعون الإسلاميون قواعد للفصل بين المعير والمستعير عند التنازع . وهذا الحصر في محضر كإقرار يؤخذ به كل من المعير والمستعير فيجب أن يكونا أهلًا للإلزام والالتزام ، وإلا باشر ولي أو قيم أو وصي عديم الأهلية بدله في حقه ، ويجوز للمعير ترك الحصر وتسليمه إلى المستعير بلا شيء ، فإن لم تثبت أوصاف الشيء المستعار جاز للمعير الامتناع عن التسليم حتى يتم ذلك ؛ لأنه من قبيل التوثق بحقه فيجاب لذلك ، ويجوز إثبات صفة الشيء المستعار بالشهود كما يجوز إثباتها بالكتابة بين الطرفين .

2 - وللمالك الحق في طلب ضامن من المستعير خشية إتلاف عين الشيء المستعار أو ضياعه بتفريط ، وهو حق للمعير يجب إجابته له . على أن هذا ليس ضمانًا للمعينات في الوديعة والعارية ومال القراض ومال الشركة على أنها إذا تلفت أتى بها بعينها لاستحالته . فإن ضمن ما يترتب عليها بسبب تعدٍّ أو تفريطٍ ضمانَ القيمة صح ولزم ، وهو الذي يقصده الناس في ضمان المعينات كما يقع في الأسواق في ضمان بعض الدلالين لبعض على أنه إذا هرب ولم يأت به كان عليه قيمة ما هرب به ، فهذا صحيح وإن كان ضمانه في الأمانات صورة ؛ لأنه باعتبار ما يترتب من تفريط سمسار من القيمة .

وليس المراد هنا في العارية التكفل بإرجاع المنقول أو العقار ؛ لأنه متى تلف أو ضاع فيستحيل إرجاعه ، فتعين أن يكون الضمان هنا في القيمة عند التلف أو الضياع .

ويجب أن يكون الضامن مستوفيًا لشروط التصرف الشرعي بالغًا عاقلًا غير محجور عليه مقتدرًا ، وليس بشرط إقامته في محل خاص سوى محل تأخذه فيه الأحكام الشرعية لإمكان الاستيفاء منه شرعًا .

---

(1) ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين وبالقدر المحدد ، وذلك طبقًا لما يبينه العقد أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينه العرف ، ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع . انظر المذكرة الإيضاحية للمادة 637 من تقنين المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ويتفق ذلك مع المواد 851 ، 852 ، 859 من التقنين العراقي ، ومع المادتين 772 ، 1/773 من التقنين الأردني ، والمادة 653 من التقنين الكويتي . وتتفق ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 637) .

والمراد بالضمان التوثق فيصح حصوله بالضمان الشخصي للضامن ، وبمبلغ من المال وديعة أو برهن عيني إلخ .

فإن لم يجد المستغل المستعير ضامنًا نظر القاضي فيما يراه مصلحة من تمكين المستعير من استيفاء المنفعة مع المحافظة على عين الشيء المستعار ، على أن المفروض في الإعارة قصد الثواب والمعروف حيث لم يجبره أحد على التبرع ، فلا يصح منه هذا التشاد فيما لا يقدر عليه المستعير .

وليس للمعير طلب بيع الشيء المستعار على أن يكون للمستعير فائدة الثمن ؛ لأنه بذلك خرج عن الإعارة التي هي الانتفاع بالعين وردها بعد تمام المدة أو وجود الشرط أو العرف . أما إذا كانت العارية من الأشياء التي تتلاشى عند الاستعمال فهي قرض كما قلنا سابقًا ، وإن وردت بلفظ الإعارة ؛ لأن شرط العارية رد عين الشيء المستعار بعد الانتفاع ، وهنا تلاشت العين بالاستعمال [1] .

بند [43] الأشخاص المعفون من تقديم الضمان

القانون الفرنسي : يعفي من تقديم الضمان قانونًا :

أولًا : الأب والأم عند استعمالهم حق التمتع القانوني في مال أولادهم اعتمادًا على عطفهم الطبيعي الذي يحملهم على المحافظة على أموال أولادهم ، وعلى أن لهم حق الرهن في عقار أوصيائهم متى بقي الأب والأم فقط ، وكان لهم حق الوصاية مع التمتع .

ثانيًا : الزوج عند استعمال حق التمتع في مال زوجته الخاص في نظام شركة الزوجية وفي نظام استبعاد شركة الزوجية ، وفي المهر في نظام المهر .

ثالثا : الواهب أو البائع لعقار مع شرط الاستغلال للعين المبيعة [2] .

ويعفي من الضمان من أعفاه مرتب الاستغلال (يعني يجوز لمرتب الاستغلال

---

(1) يشترط في الشيء المعار أن يكون مما يجوز الانتفاع به ، وهو ذو منفعة مباحة من عرض أو حيوان أو عقار ينتفع به مع بقاء عينه ليرد لربه بعد الانتفاع به لا طعام أو شراب ليؤكل أو يشرب فإن فيه ذهاب عينه . الشرح الصغير جـ 3 ص 231 ، ومواهب الجليل للحطاب جـ 5 ص 269 ، 270 وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 197 .

(2) في الأصل : [المباعة] .

عدم طلب الضمان ممن ذكروا) .

ويجوز إعادة طلب الضمان ممن أعفوا من تقديمه متى طرأ عليهم ما يزعزع الثقة فيهم كالإفلاس ، أو تصفية أملاكهم قضائيًا ، أو تجاوز الحد في الانتفاع ويخشى على العقار منه [1] .

بند [44]

التشريع الإسلامي : بما أن مدار الضمان على وجود الخوف من الإتلاف ، أو التبديد ، والمفروض في الأبوين الأمانة على أموال أولادهما فلا يلزمهما تقديم ضامن لحق الانتفاع بالمعروف من مال أولادهما عند الحاجة . ومع ذلك لو كان الأب متلافًا أو مفرطًا في مال ولده ضمن . ومتى جاز ضمانه جاز للحاكم طلب ضامن منه لما تحت يده من مال قاصره إذا رأى المصلحة في ذلك .

وليس للزوج حق في استعمال مال زوجته على أي شكل إلا برضاها ؛ فمتى أذنت له في ذلك فهي صاحبة الشأن في طلب ضامن أو عدم طلبه ؛ لأن الزوج ضامن متى فرط أو أتلف كأي شخص كان لا علاقة للزوجة به .

أما الواهب فلا ضمان عليه قبل القبض ، وبعد قبض الموهوب له للعين الموهوبة وجولان يده فيها يكون كمالكها الحقيقي فله التصرف فيما وهب إليه كما يشاء . فإن خاف على الهبة من واهبها بعد ذلك فله طلب التوثق ، وكذلك البائع بشرط الاستعمال فمدار طلب الضمان وجود خوف التلف أو التفريط ، فيجاب الطالب لذلك . والذي يقدر ذلك هو المالك أولًا وبالذات . فإن اختلفا في ذلك فالقاضي يفصل بما فيه مصلحة المعير .

وكما يجوز طلب الضمان في بدء الإعارة يجوز طلبه في مدة وجودها خصوصًا إذا طرأ ما يزعزع ثقة المعير في المستعير من إفلاسه بالمعنى الأعم ، أو بالمعنى الأخص (كما سيأتي في باب الإفلاس) أو من إفراطه في استعمال العين المعارة مثلًا .

---

(1) انظر بند 601 ، في الفصل الثاني من الباب الأول ، من الكتاب الثالث من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 135 .

بند [45] واجبات المستغل قبل الاستغلال

القانون الفرنسي : يمكن حصر واجبات المستغل في ثلاثة أشياء .

(1) حفظ عين الشيء المستغل . (2) استغلال أب عائلةٍ حكيم .

(3) تحمل تكاليف العين المستغلة .

أولًا : واجب حفظ عين الشيء المستغل ، ينتج منه :

1 - أن المستغِلَّ لا يمكنه هدم الشيء مكان الاستغلال (كهدم منزل) .

2 - أن المستغل لا يمكنه تغيير تخصيص الشيء المستغَلّ (كجعل أرض للزراعة غابة أو المنزل فابريكة) .

3 - لا يمكن للمستغل تغيير شكل وجود الشيء المستغَلَّ لا من الداخل ولا من الخارج .

ثانيًا : واجب الاستغلال كربٍّ عائلةٍ حكيم . هذا واجب أساسي وهو إدارة الشيء المستغل إدارة حسنة ، فالمستغل مأخوذ بخطئه الذي يرتكبه مُحْسِنُ الإدارة ، فينتج ما يأتي :

1 - يلزم المستغل عدم استنفاذ قوة الشيء المستغل إلا ليزيد في إيراده السنوي مع حفظ الأساس ليسلمه عند نهاية مدة استغلاله (كزيادة خصب الأرض لكثرة الإنتاج مثلًا) .

2 - يجب على المستغل ملاحظة الشيء المستغل والتحفظ عليه ، وهو ضامن لفقده أو لتجريده أو لهدمه الناتج عن خطئه أو إهماله . وعند حصول الحريق فللمالك تضمينه بنفس هذه الشروط ، على أن المستغل ليس ملزمًا بالتأمين على العين المستغلة .

3 - يلزم المستغل منع سقوط الحق بمضي المدة على الشيء المستغل خصوصًا باستعماله بالفعل للعقار لمنع سقوط الحق بعدم الاستعمال .

4 - يلزم المستغل إبلاغ المالك كل اغتصاب ، أو ادعاء ، أو معارضة لملكية الشيء المستغل مدة الاستغلال ، وإلا تحمل كل مسئولية قبل المالك تنتج عن ذلك .

ثالثًا : واجب حمل تكاليف المنتفعين ، وهو بعض مصاريف لها صفة دورية وبعضها سنوية يتحملها المنتفع عادة على الإيراد ، ويدخل فيها ما يأتي :

1 - إصلاح الصيانة : يجب على المنتفع بخلاف الإصلاح الكبير فعلى المالك إلا إذا نتج عن عدم إصلاح الصيانة فَعَلَى المنتفع .

2 - التكليف السنوي للعقار ، كالضرائب والعوائد وكل ما يترتب سنويًّا فهي على المستغل .

3 - تكاليف فوق العادة تفرض على الملكية ، كضريبة الحرب أو التبليط فهي على المنتفع والمالك فإن قدمها المالك ، فالمنتفع يتحمل بفوائدها وإن دفعها المنتفع أخذها بعد نهاية الانتفاع بدون فائدة .

4 - مصاريف التقاضي : التقاضي الخاص بالاستغلال فقط على المستغل مصاريفه ، والتقاضي الموجه إلى الملكية ، ونتيجته خسارة القضية ، وكان المالك والمستغل ممثلين في القضية فالتكاليف عليهما معًا ، بمعنى أن المصاريف يتحملها المالك وفوائدها يتحملها المستغل ، ومع هذا فإن حُكِم بعدم استحقاق الاستغلال فالتكاليف عليهما بالتساوي : فإن مثل أحدهما في التقاضي دون الآخر ، وخسر الدعوى تحمل وحده مصاريفها [1] .

بند [46] واجبات المستعير وقت الاستغلال

التشريع الإسلامي :

يجب على المستغل (المستعير) :

1 - حفظ عين الشيء كمالكه سواء بسواء ، فلا يجوز له مخالفة شرط أو عرف أو عادة في استعمال الشيء المعار [2] ، وعلى هذا فلا يجوز هدم البيت المعار ، ولا تغيير ما خصص له إلا لأدنى مما استعاره له ؛ فأرض الزراعة لا تصير

---

(1) انظر : البنود من 600 إلى 616 ، في الفصل الثاني ، من الباب الأول من الكتاب الثالث : من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 134 : 138 .

(2) قضت المادة 641 من القانون المدني المصري والمادة 640 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بأن « على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد » . ويتفق ذلك مع ما جاء في المواد 857 ، 858 من التقنين العراقي ، و 770 من التقنين الأردني ، و 656 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 640) .

للبناء ، ولا تصير غابة ولا يجعل منزل السكنى محل تجارة أو صناعة ، ولا يمكنه تغيير شكل الشيء المستعار [1] .

2 – يجب على المستعير أن يستغل الشيء المعار برفق بلا إفراط [2] ولا تفريط فإن أفرط في الاستعمال ضمن ما أنقصه من قوة الشيء المستعار [3] ، وإن فرط في الحفظ حتى فقد المستعار ، أو انهدم ، أو تلاشى بسببه فهو ضامن . وضمان الشيء

---

(1) قال ابن رشد في بداية المجتهد « وعند مالك أنه إن استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نفضها بالاستعمال . بداية المجتهد لابن رشد جـ 2 ص 314 .

(2) قضت المادة 639 من القانون المدني المصري بأنه :

1 – ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين وبالقدر المحدد ، وذلك طبقًا لما يبينه العقد أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينه العرف ، ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع .

2 – ولا يكون مسئولًا عما يلحق الشيء من تغيير أو تلف يسببه الاستعمال الذي تبيحه العارية . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 637 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمواد 851 ، 852 ، 859 من التقنين العراقي ، ومع المادتين 772 ، 1/773 من التقنين الأردني ، ومع المادة 653 من التقنين الكويتي . وتتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد : فقد نصت المادة 816 من المجلة العدلية على أنه « إذا كانت الإعارة مطلقة ، أي لم يقيدها المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع ، كان للمستعير استعمال العارية في أي مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريده ، لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة ... » وفي هذا المعنى أيضًا ما جاء في المادة 760 من مرشد الحيران . ونصت المادة 817 من المجلة على أنه « إذا كانت الإعارة مقيدة بزمان أو مكان يعتبر ذلك القيد ؛ فليس للمستعير مخالفته .. » وفي هذا المعنى أيضًا ما جاء في المادة 761 من مرشد الحيران . ونصت المادة 818 من المجلة على أنه « إذا قيدت الإعارة بنوع من أنواع الانتفاع فليس للمستعير أن يتجاوز ذلك النوع إلى ما فوقه لكن له أن يخالف باستعمال العارية بما هو مساو لنوع الاستعمال الذي قيدت به أو بنوع أخف منه ... » وفي هذا المعنى أيضًا ما جاء في المادة 761 من مرشد الحيران . وكذلك المادة 390 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة . ونصت المادة 206 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أنه « إذا استعمل المستعير العارية بغير إذن المعير في أزيد مما أعيرت لأجله فإن هلكت بهذا الزائد ضمن قيمتها ، وإن تعيبت به ضمن الأكثر من قيمة العيب أو أجرة الزائد ، وإن سلمت من الهلاك والتعييب فعليه أجرة الزائد (الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ 3 ص 393 وما بعدها . وبداية المجتهد جـ 2 ص 264) . ونصت المادة 1292 من مجلة الأحكام الشرعية على أنه « لا يشترط تعيين نوع الانتفاع في الإعارة ، فلو أعاره من غير تعيين كان للمستعير الانتفاع بالمعروف على الوجه المعتاد في المعار . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية المادة 637 » .

(3) جاء في بداية المجتهد : « وعند مالك أنه إن استعمل العارية استعمالًا ينقضها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال » بداية المجتهد (314/2) .

المستعار يأتي على التفصيل الآتي :

أولًا : إن خالف المستعير شرط المعير أو العرف والعادة في الاستعارة ضمن الشيء المستعار يوم التعدي لا يوم الإعارة ، ويشترط في المخالفة أن تكون إلى أسوأ لا إلى أقل إلا في المسافة فلو خالف فيها ، ولو كانت المسافة الأولى مثل الثانية ضمن .

ثانيًا : ضمن المستعير الشيء المستعار إن كان مما يغاب عليه ، ويمكن إخفاؤه كالحلي والثياب إن ادعى ضياعه أو تلفه . وتسمع منه بينته على أن التلف أو الضياع حصل بلا سببه [1] .

ثالثًا : ضمن المستعير الشيء المعار إن كان مما لا يغاب عليه ، وقامت قرينة على كذبه في ادعاء التلف أو الضياع ، فالقول للمستعير فيما لا يغاب عليه في التلف أو الضياع فيصدق ، ولا ضمان عليه إلا لقرينة تكذبه [2] .

فإن كان الشيء المستعار مما يغاب عليه ، وقامت بينة المستعير على تلفه أو ضياعه بلا سببه ، أو كان الشيء المستعار مما لا يغاب عليه ، ولم تقم قرينة على كذب المستعير فلا ضمان على المستعير في الحالتين [3] .

فإن شرط المستعير نفي الضمان عن نفسه فيما يغاب عليه ضمن على الأرجح ، وقيل : لا ضمان عليه مع هذا الشرط ، ولو شرط الضمان فيما لا يغاب عليه كالبيت والأرض مثلًا بطل الشرط ولا ضمان [4] .

وأساس الضمان التعدي من المستعير أو الإهمال أو الإفراط أو التفريط ، ومتى ثبت واحد من هذه المعاني ضمن ، فإن ثبت أن التلف أو الضياع بغير سببه كماء ، أو نار ،

---

(1) قلت : أرأيت إن استعرت ثوبا من رجل ،فضاع عندي أأضمنه أم لا ؟ : قال مالك : هو ضامن . المدونة الكبرى (361/4) .

(2) جاء في الشرح الصغير : « والقول للمستعير في التلف أو الضياع فيما لا يغاب عليه ، فيصدق ، ولا ضمان عليه إلا لقرينة كذبه » . الشرح الصغير (232/3) .

(3) قال الحطاب في المواهب نقلا عن ابن رشد في المقدمات : إذا وجب على المستعير ضمان العارية فإنه يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه . مواهب الجليل للحطاب جـ5 ص 6269 وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 198 والشرح الصغير (232/3) .

(4) يضمن المستعير عند المالكية ما يغاب عليه ، ولو شرط نفي الضمان عن نفسه على الأرجح ، وقيل : إن شرط نفيه أفاده ، فلا ضمان عليه . الشرح الصغير (231/3) .

أو جائحة ، أو سرقة من حرز المثل فلا ضمان عليه [1] ولو اشترط المعير الضمان ؛ لأن هذه أحكام مقررة لأمر عام فالشرط ضدها مخالف للنظام العام والقانون .

وليس المستعير مكلفًا بالتأمين ضد الحريق على الشيء المستعار لأنه :

أولًا : عقد مخالف لمبادئ التشريع الإسلامي لما فيه من الخطر على الأموال .

وثانيًا : مناط الضمان السبب في التلف أو الضياع [2] .

ويدخل في المحافظة على العين المستعارة إبلاغ المالك ما يقع عليها من الغير

---

(1) « إن ما هلك من العارية بغير صنع المستعير كالسوس في الثوب ، وقرض الفأر ، وحرق النار ، فإنه يحلف ما فرط فيه ، ويبرأ ، سواء كان مما يغاب عليه أم لا » الخرشي على مختصر خليل (124/6) .

(2) تقضي المادة 641 من القانون المدني المصري والمادة 640 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة بأن المستعير يكون ضامنًا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص ، أو كان بين أن ينقذ شيئًا مملوكًا له أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ ملكه .

فالتزام المستعير في هذا الصدد التزام ببذل عناية حيث يكون عليه أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الشخص العادي . ثم إنه يكون مسئولًا عن هلاك الشيء المعار أو تلفه أو تعيبه ، إلا إذا أثبت أنه بذل في المحافظة عليه هذا القدر من العناية ، فإن قصر في ذلك وجبت مسئوليته عن تعويض التلف . والقاعدة أن المدين لا يسأل عن القوة القاهرة ، سواء في العارية أو في غيرها من العقود . ولكن القانون أورد في العارية استثناء لهذه القاعدة أراد فيه التشدد في مسئولية المستعير باعتبار أن العارية عقد تبرع .

ونصت المادة 204 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن « العارية أمانة في يد المستعير ، فعليه أن يحافظ عليها وأن يتعهدها بالصيانة مما يخاف عليها منه ، وتركه لذلك تفريط يوجب الضمان » (الشرح الكبير جـ 3 ص 392 والشرح الصغير وحاشيته جـ 2 ص 228) . ونصت المادة 774 من مرشد الحيران على أنه « إذا كان في إمكان المستعير منع التلف عن العارية بأي وجه ولم يمنعه ، يكون متعديًا فيضمنها . وإن أخذ العارية متغلب ولم يقدر المستعير على دفعه فلا ضمان عليه » . ونصت المادة 384 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه « إذا اشترط الضمان في الطائرة بطل الشرط » (الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ 4 ص 769) ، وفي هذا المعنى أيضًا ما جاء في المادة 772 من مرشد الحيران التي تقدم ذكرها . ونصت المادة 205 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أنه « لا يعمل بشرط الضمان على المستعير فيما لا يضمن فيه » . ونصت المادة 1297 من مجلة الأحكام الشرعية (المذهب الحنبلي) على أن (يلغى كل شرط ينافي مقتضى عقد الإعارة ، فلو شرط نفي الضمان لغي الشرط » . والمادة المقترحة تقابل المادتين 857 ، 858 من التقنين العراقي ، وتقابل المادة 770 من التقنين الأردني . تقابل المادة 656 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 640) .

كالاغتصاب ، أو السرقة ، أو ادعاء الملكية ، ووضع اليد فإن استحقت العارية بحق من يد المستعير فلا ضمان عليه ، وإن سكت المدة الطويلة حتى تم مضى المدة الشرعية (الحيازة) اعتبر مفرطًا وضمن .

واجب تحمل تكاليف الشيء المستعار : نفقة الشيء المستعار التي بها كيانه ووجوده على المالك إن كان عقارًا ، وإن كان منقولًا فعلى المستعير . وقيل : على المستعير في الأمرين . وأما نفقة الصيانة فعلى المنتفع ، وقيل : على المالك . والظاهر من الخلاف عدم الترجيح . وقال بعض العلماء : إن كانت العارية ليومين أو ثلاث فنفقتها على ربها فإن طالت المدة عن ذلك فنفقتها على المستعير . وقال بعض المتشرعين من مذهب الإمام مالك : إن كان الإصلاح ذا بال فعلى المالك ، وإن كان خفيفًا فعلى المستغل . أما الضرائب والأموال والعوائد فيتبع فيها العرف . فإن لم يعرف فالنظر للشرط بينهما ، فإن لم يكن شرط ولا عرف فالرأي للقاضي في الترجيح حسب المصلحة العامة .

وأما تكاليف فوق العادة فإن كان فرضها بالنسبة للملكية فعلى المالك ، وإن كان بالنسبة للإيراد فعلى المستعير إلا لشرط أو عرف .

وأما مصاريف التقاضي فإن كانت لحفظ الملكية فعلى المالك ، وإن كانت لحفظ الريع أو للاستغلال فعلى المستعير [1] .

بند [47] القانون الفرنسي

دين مرتب الاستغلال بالنسبة للمستغل :

إذا كان الاستغلال ناتجًا عن وصية ، وكان على العين دين فإن كانت الوصية بعنوان خاص لشيء خاص فلا يدفع المستغل أي شيء من ديون التركة . فإن دفع دين العين (الرهن) المترتب على موضع الاستغلال فهو دين على الورثة ، وله الرجوع عليهم به .

وإن كانت الوصية بعنوان عام لجميع التركة أو لجزء منها 4/1 أو 2/1 وجب

---

(1) قال الحطاب في المواهب : « إذا وجب على المستعير ضمان العارية فإنه يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه بعد يمينه ، لو ضاعت ضياعًا لا يقدر على ردها » .
مواهب الجليل جـ 5 ص 269 وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 205 .

على المنتفع دفع دين التركة ، بمعنى أنه إن دفعها استردها في نهاية استغلاله بلا فائدة . فإذا لم يدفع المنتفع ليأخذ في نهاية الاستغلال فالمالك مخير بين دفع الدين مع احتساب الفوائد على المنتفع ، أو بيع جزء من العين موضع الاستغلال لسداد هذا الدين .

استغلال مترتب على قطيع من الغنم :

متى ترتب استغلال على قطيع من الغنم فللمستغل الحاصلات الطبيعية من الحيوانات وتشمل : اللبن ، الصوف ، السماد ، النتاج ، وللمستغل التصرف في المسن منها التي لا تنتج على أن يعوضها عند نهاية الاستغلال ، وله حفظ جلودها ما دام عوَّضها ، وعليه تسليمها عددًا كما استلمها في نهاية الاستغلال ، وعليه تعويض الفاقد فإن نفقت جميعها بمرض أو موت بدون إهمال المستغل فعلى المستغل رد الجلود للمالك فقط .

واجب المالك وحقوقه :

المالك يملك في العين المرتب عليها منفعة للغير رقبتها فقط فله بيعها أو ترتيب حقوق عينية عليها للغير مع عدم الإضرار بحقوق المستغل . ويمكنه أن يعمل في العقار كل ما فيه حفظه ، وكان ضروريًّا أو نافعًا كإصلاح كبير أو إحداث مبان جديدة بدون إلزامه بتعويض للمنتفع حتى ولو ضايقه ما دام لم يمنع انتفاعه ، وله مقاضاة المنتفع ليقوم بواجباته نحو العين المنتفع بها .

ويجب على المالك ترك كل حرية للمنتفع (المستغل) ، لينتفع بحقوقه . وهل يجب على المالك قانونًا القيام بالإصلاحات الكبيرة أو إحداث مبان جديدة بحيث يجبر قانونًا على عملها ؟ خلاف ، الرأي الأول يقول : نعم ، والرأي الثاني يقول : لا ، وهو المعمول به [1] .

بند [48]

التشريع الإسلامي : إذا كان الانتفاع للمستعير بالشيء المعار ناتجًا عن وصية بأن

---

(1) انظر : البنود من 600 إلى 616 ، في الفصل الثاني ، من الباب الأول من الكتاب الثالث ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 134 : 138 .

أوصى شخص لآخر بإعارته شيئًا ينتفع به مدة معينة فإن كانت الوصية بذلك الشيء معينة كأن أوصى بفرسه لزيد من الناس ينتفع بها مدة سنة مثلًا ، وكان قد رهنها قبل وفاته فتخليص هذه العين على الورثة ، فإن كانت الوصية بجزء مشاع كربع أو خمس التركة ، وكانت التركة مدينة بما فيها الربع أو الخمس وجب سداد الدين قبل إنفاذ الوصية .

فإن دفع الدين الموصى له في الأولى فيرجع به على الورثة ، وإن دفعه في الثانية رجع على الورثة بما يخص نصيبهم في التركة دون نصيبه هو فيتحمله ، وفي المسألتين لا يتحمل أحد فائدة لأن الفائدة ممنوعة شرعًا .

أما الاستغلال المرتب على قطيع من الغنم فهو جائز ، ويستغل المستعير اللبن والصوف والسماد ، ويستغل النتاج إذا كان بشرط أو عرف ، وليس له الحق في التصرف في المسن منها التي لا تنتج إلا بإرادة المالك ؛ لأن هذا تصرف في ملك الغير فهو ضامن للقيمة يوم التعدي وليس المستعير ملزمًا بإحضار بدل ما باع؛ لأنه متى ضمن القيمة وجب عليه أداؤها نقدًا لا عينًا [1] .

ومتى ضمن وأدى القيمة صارت الأشياء التي باعها أو تصرف فيها ملكًا له ، وعلى المستعير تسليمها لربها بعد مدة الاستعارة عددًا ووصفًا كما تسلمها ، وعليه قيمة الفاقد إن كان متعديًا أو مهملًا . فإن نفقت جميعها بمرض أو موت بدون تسبب المستعير فلا ضمان عليه ، وعليه رد جلودها لمالكها .

واجب المالك وحقوقه :

المالك يملك رقبة الشيء المستعار عارية عن المنفعة [2] ؛ فله التصرف فيها بجميع أنواع التصرفات من بيع ، أو رهن ، أو هبة ، أو ترتيب حق عليها مع عدم الإضرار بحقوق المستعير . وقال بعض علماء المالكية : لا يجوز بيع العين المستعارة حتى تنتهي الإعارة ، وهو معنى عدم الإضرار بحقوق المستعير . وللمالك عمل ما فيه

---

(1) الواجب على المقترض فيما نص عليه المالكية رد مثل الأعيان المقترضة قدرًا وصفةً .

وعن الضمان قال الحطاب : يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء أجل العارية .

الشرح الكبير جـ 3 ص 539 ومواهب الجليل للحطاب جـ 5 ص 269 وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 205 .

(2) لأن العارية تمليك . الشرح الصغير (230/3) .

حفظ العين المستعارة ، وكان ضروريًا أو نافعًا بحيث لا يمنع انتفاع المستعير على ما أريدت له الاستعارة . وله مقاضاة المستعير متى قصر في واجبات الحفظ والتعهد للشيء المستعار . وعلى المالك ترك المستعير حرًا في انتفاعه كما يرى بشرط عدم مخالفة عرف أو شرط . وليس على المالك شرعًا القيام بإصلاحات كبيرة أو إحداث مبان جديدة ليزيد انتفاع المستعير ، وإنما عليه فقط بشرط أو عرف إبقاء العين المستعارة ليستفيد منها المستعير . وما كان محسنٌ يتحتم عليه إصلاحاتٌ ومبان للغير جزاء إحسانه بالاستعارة ؛ لأن هذا مناف لأصل الإعارة من أنها يقصد بها المعروف و الإحسان ووجه اللّه [1] .

بند [49] تلاشي الانتفاع

أسباب تلاشي الانتفاع

القانون الفرنسي :

أولًا : موت المنتفع : هذا هو السبب الطبيعي لتلاشي الانتفاع بل لمحوه ، فلا ينقل الانتفاع إلى ورثة المنتفع المتوفى فتعود المنفعة إلى مالك العين ، وكل شرط يخالف ذلك يعتبر لاغيًا . فإذا كان الانتفاع مرتبًا لشخص معنوي يتلاشى بمضي ثلاثين سنة . ولا يصح اشتراط ما يتنافى مع هذه المدة .

ثانيًا : مضي المدة المحددة للانتفاع إذا كان مرتِّبُ الانتفاع حددها بمدة فإن مات المنتفع قبل نهاية المدة تلاشى الانتفاع ، ومُحِي ولا ينتقل لورثته .

ثالثًا : اجتماع ملكية العين والمنفعة في يد واحدة ، كأن يملك المنتفع الشيء المنتفع به بأي سبب من الأسباب المفيدة للملك أو يملك مالك العين المنفعة بأي سبب فيتلاشى الانتفاع ويمحى .

رابعًا : عدم الاستعمال لمدة ثلاثين سنة : إذا لم ينتفع المستغل بالعين المرتب عليها الاستغلال مدة ثلاثين سنة سقط حقه في الاستغلال ، بخلاف حق الملكية فلا يتلاشى بعدم الاستعمال .

---

(1) سبقت الإشارة إلى تعريف المالكية للإعارة بأنها تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض ، بخلاف البيع لأنه تمليك ذات ، الشرح الصغير جـ 3 ص 231 .

خامسًا : هلاك الشيء المرتب عليه الاستغلال ، إذا تلف الشيء المستغل بقوة عرضية سقط الاستغلال ، وإذا تلف بَعْضُه انتفع بالبعض الباقي . فإذا كان التلف بفعل المالك وجب عليه التعويض للمنتفع ، وإن كان بيتًا وهدم فلا منفعة في أرض ولا أنقاض للمنتفع .

سادسًا : حرمان المستغل من حقه لتجاوزه حد المعقول في الاستغلال ، ويوجد سوء الاستغلال بتخريب العين المستغلة أو بتركها تتلف .

الحرمان من الاستغلال لا يتم بالقانون بل لابد من صدور قرار المحكمة به ، والقضاة أحرار في تقدير التلف ، وفي بحث الموضوع من جميع نواحيه وتقدير ما يرونه صالحاً .

يجوز لدائني المستغل الحضور في قضية الحرمان ، ويقبل منهم ضمان الإصلاح وضمان عدم حصول ضرر في المستقبل ، ويمنع القانون سريان الفوائد للدائنين المذكورين من تاريخ الحرمان من الاستغلال .

سابعًا : تنازل المستغل : يجوز للمستغل التنازل عن استغلاله صراحة أو ضمنًا ، ويصح التنازل على أي شكل وقع ، ولكن إذا كان المستغَل عقارًا يجب تسجيله لمعارضة الغير به ، وليكون حجة عليه . ويجوز لدائني المتنازل المعارضة في التنازل متى أضر بحقوقهم .

ثامنًا : التملك بوضع اليد من 10 إلى 20 سنة : الاستغلال يجوز تملكه بمضي المدة ، فيقطع هذا الحق عن المستغل ويتلاشى . وذلك لو أن ثالثًا تملك عقارًا بأي سبب من أسباب التملك على أنه ليس عليه حق للغير ومضى على ذلك عشر سنين ، وكان مستحق الاستغلال حاضرًا سقط حقه في الاستغلال أو عشرين سنة إذا كان غائبًا ، وذلك متى كان حسن النية . وبذا تملك مالك العقار هذه العين خالية من أي حق للغير .

وهذا الوجه يشبه التلاشي لعدم الاستعمال ؛ لأن المستغل يترك الاستغلال في كل منهما مدة ، لكن الفرق أن مدة الترك في عدم الاستعمال ثلاثون سنة ، وفي مضي المدة من عشر إلى عشرين سنة ، وأن في سقوط الحق لعدم الاستعمال يكفي عدم الاستعمال فقط ، ولكن في التملك بوضع اليد يجب وضع اليد بسبب ملكية

صحيحة وحسن نية [1] .

بند [50] تلاشي الانتفاع

التشريع الإسلامي :

أسباب تلاشي انتفاع المستعير من العارية :

أولًا : اجتماع ملكية الشيء المعار للمستعير بشراء ، أو ميراث ، أو نحوه ، أو ملكية المعير للمنفعة مع ملكية العين المعارة أصالة كميراثه للمنفعة أو شرائها من المستعير ، أو تنازله عنها للمالك تنازلًا مطلقًا . فمتى اجتمعت ملكية الرقبة وملكية المنفعة في يد واحدة تلاشى حق الانتفاع كإعارة ، وأصبح حق الانتفاع بملك العين [2] .

ثانيًا : هلاك الشيء المستعار كلًّا أو بعضًا : فمتى هلك الشيء المستعار كلية تلاشت منفعته ، وإن هلك بعضه انتفع المستعير بالباقي متى كان ممكنا . هذا إذا كان الهلاك والتعدي من غير المالك فإن كان من المالك ، وكانت الإعارة مقيدة بزمن أو عمل أو لم يمض ما تعار له فيلزم المالك شراء عين بدل التي أهلكها ليستوفي المستعير منها منفعته ، أو تقوَّم المنفعة في المدة الباقية أو التي لم تتم ويدفعها المالك للمستعير ؟ خلاف بين المتشرعين في المذهب .

فإن كانت الإعارة غير مقيدة لا بزمن ولا بعمل أو مضي ما تعار له فلا شيء للمستعير قِبَل المعير ، ومعلوم أن المستعير لا يملك شيئًا في ذات المعار لا قائمًا ، ولا مهدومًا وأن له المنفعة فقط [3] .

---

(1) انظر : البنود من 617 ، 624 ، في الفصل الثالث ، من الباب الأول من الكتاب الثالث ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 138 : 140 .

(2) تقضي المادة 1010 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا للشريعة الإسلامية بأنه : « ينتهي حق الانتفاع إذا اجتمعت في شخص واحد صفتا المنتفع والمالك . غير أنه لا يعد منتهيًا إذا كان للمالك مصلحة في بقائه » ويتفق ذلك مع ما تقضي به المادة 1259 من التقنين العراقي مع المادة 5/1215 من التقنين الأردني ، ويتفق الحكم الوارد في هذه النصوص مع القواعد العامة في الفقه الإسلامي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة من المشروع) .

(3) قضت المادة 994 من القانون المدني المصري والمادة 1009 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية بانتهاء حق الانتفاع بهلاك الشيء المنتفع به ، وهو ما يتفق مع المواد 1258 من التقنين العراقي ، 1217 =

ثالثًا : مضى المدة المحددة للانتفاع بشرط ، كأن أعاره له سنة ، أو بعرف أو عادة ، كأن أعاره فرسًا أو دابة للسفر من بلد كذا إلى بلد كذا ، وكان العرف والعادة يقضيان بسفرة واحدة أو حمل شيء معين مثلًا . فمتى انتهى الأجل المشروط أو انتهى ما تراد له العارية من عرف وعادة فقد بطل حق الانتفاع ، ولا شيء للمستعير [1] ، وعليه تسليم العين المستعارة لمالكها ، وإلا عد غاصبًا وضمن . فحكم العارية ينتهي بانتهاء ما قيدت به من عمل أو أجل ، وبمضي ما تعار له فيجب على المستعير الرد من نفسه بدون طلب من المالك وإلا عُدَّ غاصبًا من تاريخ ذلك [2] .

ومعلوم أن العارية كالإجارة تنصب على المنفعة لذات الشيء المؤجر أو المعار فإذا كانت لها مدة محددة ومات المستعير ولم يكن مشترطًا عليه فيها الانتفاع فقط أو عدم إعارتها ، أو اقتضى ذلك العرف والعادة ، فإن حق الانتفاع يورث عنه لورثته

= من التقنين الأردني ، 953 من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 39 من مرشد الحيران على أن حق الانتفاع ينتهي بهلاك العين المنتفع بها انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة .

(1) يتفق ذلك مع المادة 643 من القانون المدني المصري والمادة 643 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة 658 من التقنين الكويتي . والمادة 861 من التقنين العراقي ، ومع المادتين 1/776 ، 777 من التقنين الأردني .

وما تقضي به المادة المقترحة يتفق مع ما يقوله الفقه الإسلامي بلا خلاف ، وذلك فيما عدا كون العارية لازمة أو غير لازمة في حق المعير إذا عين لها أجل أو حدد لها عمل أبرمت من أجله طبقًا لما سبق بيانه من الخلاف في ذلك .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة643) .

(2) تقدمت الإشارة إلى ما جاء في المادة 643 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية التي قضت بانتهاء العارية بانقضاء الأجل المتفق عليه ، أو باستعمال الشيء فيما أعير له ، وقد جاء في المادة 644 من المشروع الحكم بانتهاء العارية بموت المستعير ما لم يتفق على غير ذلك ، ويتفق هذا كله مع ما جاء في المواد 658 ، 660 كويتي و 861 ، 863 عراقي و 776 ، 777 أردني و 643 ، 645 مصري ، وهو ما يتفق مع مقررات الفقه الإسلامي ؛ فقد نصت المادة 826 من المجلة العدلية على لزوم رد العارية للمعير في ختام المدة ، كما نصت المادة 827 على وجوب ردها بانتهاء العمل الذي أعيرت من أجله ، وهو منصوص المادة 396 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة ، وهو ما جاء في بداة المجتهد 262/2 والقوانين الفقهية ص 358 والشرح الكبير 394/4 . وفي المادة 807 من العدلية النص على انتهاء العارية بموت المستعير ، وهو ما جاء في المادة 778 من مرشد الحيران والمادة 401 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة وحاشية ابن عابدين 775/4 .

المدة الباقية من الأجل . فإن كانت الإعارة للمنفعة الشخصية كإسكان شخص معين في منزل ؛ لأنه يؤدي عملًا خاصًا للمالك ، أو إعارة دابة لشخص معين يركبها ، أو إعارة أرض لمن يزرعها لخدمة أداها للمالك أو حذر المالك المنتفعَ من الإعارة للغير قولًا أو عرفًا (كلولا معروفك عندي ما أعرتك) ، فتكون حينئذ الإعارة للمنفعة لا للانتفاع [1] فليس للمستعير (المنتفع) أن يؤجرها ، ولا يعيرها ولا يهب منفعتها للغير ولا تورث عنه ، وعلى هذا فموت المعير أو المستعير لا يفسد العارية ، وينتقل حقها للورثة بالشروط الآتية :

1 - أن تكون الإعارة لها مدة محددة ولم تنته المدة .

2 - أن تكون العارية مقيدة بعمل ولم ينته بعدُ هذا العمل .

3 - أن لا يمضي ما تعار له عادة في رأي بعض الفقهاء .

4 - أن لا يكون مشروطًا فيها عدم الإعارة للغير صراحة أو ضمنًا من المستعير .

5 - أن لا يكون مقصودًا فيها الشخص المستعير لعمل خاص يراد بالاستعارة فيه الانتفاع .

6 - أن يحكم العرف والعادة فيما يحدث في الإعارات ، وما يتبعها من الأحكام فإن جرى فيها بالانتفاع فلا تورث ولا تؤجر ولا توهب ، وإن جرى العرف بالمنفعة فهي تورث وتؤجَّر وتوهب .

وفي هذا تفصيل دقيق ذكره العلامة الزرقاني [2] فقال ما ملخصه :

---

(1) الفرق بين تمليك المنفعة وتمليك الانتفاع هو موضوع الفرق الثلاثين من فروق القرافي ، وفيه أن تمليك الانتفاع له أن يباشره بنفسه فقط ، وتمليك المنفعة أعم فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة ، وبغير عوض كالعارية . راجع حاشية الرهوني على شرح الزرقاني 197/6 .

(2) أبو محمد عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني الفقيه المالكي ، أخذ عن النور الأجهوري لازمه وشهد له بالعلم .

له مؤلفات منها : شرح على المختصر ، وشرح على خطبة خليل للناصر اللقاني . كان مولده بمصر سنة 1020 ، وتوفى في رمضان سنة 1099 .

(شجرة النور ص 304) .

ملك المنفعة يرجع إلى أمرين : مالك المنفعة ومالك الانتفاع .

فمالك الانتفاع تقصد ذاته مع وصفه كإمام أو خطيب أو مدرس ببيت وُقِفَ عليه لوصفه المذكور ، وكمستعير منع من أن يعير صراحة أو ضمنًا فلا يؤجر ولا يهب ولا يعير ولا يورث عنه لأنه مالك الانتفاع فقط .

ومالك المنفعة يقصد الانتفاع بالذات لأي منتفع كمستعير لم يمنع من إعارة ، وكمستأجر فله أن يؤجر وأن يهب وأن يعير ويورث عنه .

وقد عرضت بعد هذه المسألة (خلو الرِّجل) فقال الفقهاء : إن ما يأخذه المستأجر لبيت وقف أو لسكنى يصح له فيها التنازل عن العين المؤجرة من شخص آخر ليمكنه من الحلول محله في هذه العين يعتبر من قبيل المنفعة لا الانتفاع (ومعروف الفرق بين الأجرة الشهرية ، وبين خلو الرجل لهذه العين المؤجرة) ومعروف على هذا أن من ملك المنفعة في العين المؤجرة له فله أخذ الخلو (خلو الرجل) ويورث عنه . فإذا مات شخص وله خلو حانوت أو منزل استحق وارثه هذا الخلو عن مورثه ، فإذا مات من لا وارث له استحق الخلو بيت المال . وعلى كل حال فيقضى دين المتوفى من خلو حانوته أو بيته ، لأنه ميراث . فإن مات المعير فليس لورثته أخذ الشيء المستعار متى كان ذلك لازمًا لمورثهم حال حياته كأن قيدت العارية بمدة أو بعمل أو بما تراد له . فإن كانت العارية مطلقة ، ولم تكن في الأصل لغرس أو بناء ، أو كانت لغرس أو بناء ودفعوا ما تكلفه المستعير جاز لهم أخذ العارية والرجوع فيها بلا تعويض .

ولا فرق في كل هذا بين كون المنتفع شخصًا حقيقيًا أو معنويًا ، فتتبع شروط الإعارة أو العرف والعادة أو ما تراد له الإعارة .

وأما عدم استعمال الشيء المعار فلا يكون سببًا في تلاشي الانتفاع إلا إذا تركت العارية لما تراد له عرفًا أو مضت المدة بدون انتفاع ؛ فمن استعار أرضًا ليزرعها سنة مثلًا فمضى وقت ما تراد له الزراعة لمثل هذه الأرض فللمالك أخذها منه ، وإن كان الفقهاء قيدوا الترك في هذه الحالة بمضي سنة ، فإن تركها وخشى ربها تلف الأرض من عدم الزراعة فله رفع الأمر للحاكم ، وبيان الضرر فينتزعها منه ويسلمها لمالكها رفعًا للضرر .

وعلى هذا لو تظلم المالك من حصول ضرر من المستعير للشيء المستعار قدره الحاكم . ومتى رأى صحته ألزم المستعير برد العارية ولو كانت مؤقتة ، ولم يمض الوقت رفعًا للضرر [1] .

ويجوز شرعًا لكل دائن الحضور في خصومة توجه للمدين محافظة على حقوقهم إذا وجدوا ما يضر بحقوقهم كدائنين ، وأما الفوائد فلم يقل بها أحد من المتشرعين المسلمين .

رابعًا : تنازل المستغل : يجوز للمستعير التنازل عن حقه في الانتفاع بالعارية إلى المعير فيسقط حقه في الانتفاع ، وإلى غير المعير فينقل حق الانتفاع إلى من تنازل إليه . فإن كان تنازلًا نهائيًا فلا يعود للمستعير ، وإن كان لمدة صح ذلك ويعود للمستعير بعد نهاية المدة .

والتنازل يصح أن يكون صريحًا أو ضمنًا ، متى كان غير ممنوع منه لشرط أو عرف أو عادة . وهنا يصح لدائني المستعير التدخل إذا كان في حالة تدعو لعدم الوفاء بالتزاماته ، دفعًا للضرر بحقوقهم [2] .

خامسًا : التملك بمضي المدة في الحيازة الشرعية ، إن التملك كما يكون للعين يكون للمنفعة . وقد يكونان في يد واحدة ، كما يكونان في يدين

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 644 من القانون المدني المصري والمادة 643 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . وهو ما يتفق مع المادة 862 من التقنين العراقي ، و 659 من التقنين الكويتي . وهي تقضي بأنه إذا اتفق على أجل معين للعارية أو على غرض معين فإن العارية مع ذلك تنتهي قبل انقضاء الأجل أو تحقيق الفرض ، إما بسقوط الأجل إذا طرأت حاجة للمعير أو أعمر المستعير ، وإما بفسخ العارية إذا أساء المستعير استعمال الشيء المعار أو قصر في المحافظة عليه . أما إذا لم يتفق على أجل معين ولا على غرض معين فإن العارية تنتهي في أي وقت يريده المعير (م 642/2 من المشروع) .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع) .

(2) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 643 من القانون المدني المصري والمادة 643 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية وتتفق مع المادة 658 من التقنين الكويتي ، والمادة 861 من التقنين العراقي ومع المادتين 1/776 ، 777 من التقنين الأردني .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع) .

مختلفتين ، وبذلك تدخل المنفعة في التملك بوضع اليد حيازة شرعية كما سبق تفصيل ذلك في باب التملك بوضع اليد ؛ فمن ملك عينًا واستعملها مدة عشر سنين أمام مالك حق الاستغلال بدون أن يبدي معارضة ما فقد امتلكها المالك عينًا ومنفعة .

وقد سبق الكلام في التلاشي بعدم الاستعمال وأن من استعار أرضًا مثلًا للزراعة ولم يزرعها فللمعير منعه من الانتفاع بها بعد ذلك ، وقال البعض : ليس له منعه ؛ لأن مقدار الزراعة معلوم فهو كضرب الأجل ، ويحمل الزرع على مرة واحدة عند الإطلاق .

بند [51] نتائج تلاشي الانتفاع

القانون الفرنسي : النتيجة الطبيعية لتلاشي حق الانتفاع اجتماع الملكية والانتفاع في يد واحدة وهي يد المالك للعين التي كان مرتبًا عليها حق الانتفاع .

ويجب على المستغل أو ورثته إرجاع الأعيان موضع الاستغلال على أساس محضر الجرد والحصر لإثبات حال العقار المعمول قبل الدخول في الاستغلال ، فإذا نقصت عوّض المالك . وليس للمنتفع أي تعويض في الإصلاحات التي عملها في العين المستغلة ، فقط له الحق في أخذ ما يمكن أخذه بدون تلف في العين المذكورة كمرآة في الحائط وضعها أو تبلو (منظر مصور) كما يجب عمل إسقاط للتحسينات الموجودة عند تقدير التعويض على المنتفع [1] .

بند [52] نتيجة تلاشي الانتفاع

التشريع الإسلامي : إن كان سبب التلاشي انقضاء مدة الإعارة أو نهاية العمل الذي أريدت له عادت المنفعة للمعير فتجتمع هي وملك العين في يد واحدة وهو المالك مثلًا . وإن كان سببه تلاشي نفس العين المعارة فلا يكون للمستعير حق قبل المعير إلا إذا كان هو الذي أتلفها .

فإن كان التلاشي في حياة المستعير رد العين المعارة للمستعير ، وإن كان بعد

---

(1) انظر : البنود من 617 إلى 624 ، في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثالث ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 138 : 140 .

وفاته ردها ورثته مكانه ، فإن عمل المعير والمستعير محضرَ حَضْرٍ عُمل به في رد الشيء المستعار ، وإلا فإن اتفقا صفة وقدرًا فَبِها ، وإن اختلفا فالحكم كالآتي :

1 – إن ادعى الآخذ العارية في ثوب ودابة وآنية مثلًا ، وادعى المالك الكراء فالقول للمالك بيمين أنه أكراها ، إلا أن يأنف مثله عن أخذ كراء حسب العرف فالقول للمستعير بيمين .

2 – وإن اختلفا في المسافة فقال المعير : 20 ك م وقال المستعير : 30 ك م مثلًا فإن اختلفا عند بلوغ ال 20 ك م ، فالقول للمالك ؛ لأن المستعير مدع زيادة الأصل لا عدمها ، ولا تسلم له الدابة إن خُشي تعديه إلا بتوثق ، فإن اختلفا عند بلوغ ال 30 ك م أي بعد الركوب فالقول للمستعير في نفي الضمان وفي نفي الكراء . فإن اختلفا في القيمة بعد الهلاك فالقول للمستعير لأنه هو الغارم ، والبينة على المالك إن أشبه ، وإلا فالقول للمالك بيمينه . فإن ردت الإعارة كاملة فبها ، وإلا ضمن المستعير ما نقص . وما أحدثه المستعير من إصلاحات لا يأخذ عنها تعويضًا من المعير [1] وللمستعير أخذ ما وضعه في العين المعارة ، فإن ركبه في حائط ونزعه منها فأحدث ضررا فعليه تعويضه ، أو يأخذه المعير بقيمته مقلوعًا إن كان له قيمة [2] .

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 640 القانون المدني المصري ، والمادة 639 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها :

1 – يتحمل المستعير المصروفات التي يقتضيها استعمال الشيء المعار أو تكون لازمة لصيانة الشيء صيانة معتادة .

2 – وله أن ينزع من الشيء المعار كل ما يكون قد أضافه إليه ، على أن يعيد الشيء إلى حالته الأصلية » . وتتفق الفقرة الأولى من المادة مع المادة 856 من التقنين العراقي . وتقابل المادة 771 من التقنين الأردني . وتقابل المادة 655 من التقنين الكويتي . وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 776 من مرشد الحيران على أن « مؤونة العين المستعارة ومصاريف حفظها وردها تكون على المستعير » . ونصت المادة 815 من المجلة على أن « نفقة المستعار على المستعير ... » . ونصت المادة 389 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه « تكون النفقة التي تقيم أود المعار على المستعير » . ونصت المادة 206 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن « ما تحتاج إليه العارية من مؤونة أخذها من المعير ومؤونة ردها إليه ونفقتها في مدة الإعارة تكون على المستعير » (الشرح الصغير وحاشيته جـ 2 ص 226) .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 235) .

(2) لعل المؤلف يشير إلى ما نقل عن بعض فقهاء المذهب المالكي في أنه إن ادعى الآخذ الشراء والمالك الكراء فالقول له بيمين إلا أن يأنف مثله عنه . قال ابن القاسم : من ركب دابة رجل إلى بلد وادعى أنه أعاره إياها ، =

بند [53] الاستعمال والسكنى والحكر

القانون الفرنسي :

أولًا : حق الاستعمال صفاته القضائية أنه : حق عيني ، حق مدى الحياة في الأصل ، حق مجزأ عن الملكية .

حق الاستعمال لم يكن قانونيًا أبدًا ولم يحدث إلا بعمل الإنسان ، وحينئذ فطريقة ترتيبه هي كالاستغلال .

حقوق الاستعمال : في الأصل عقد ترتيب الاستعمال يحدد حق الاستعمال ومدته ، فإذا لم يحدد من أعطى حق الاستعمال فالمنتفع من العين المستعملة لا يأخذ منها أزيد من حاجاته هو وعائلته فقط كزوجته وأولاده ، ولا يجوز للمستعمل أن يتنازل أو يؤجر حق استعماله لآخرين بخلاف الاستغلال كما مر .

واجبات المستعمل : يجب عليه تقديم الضمان وعمل محضر الجرد والحصر ، وإثبات الحالة والاستعمال برفق كأب العائلة [1] ، وعليه نفقة إقامة الحواجز ودفع الضرائب السنوية كلها بعضها حسب استعماله لكل أو بعض الغلة .

تلاشي الاستعمال : الأسباب التي يتلاشى بها الاستغلال هي الأسباب التي يتلاشى بها الاستعمال .

ثانيًا : حق السكنى : وهو عين حق الاستعمال فقط مطبقًا على منزل للسكنى ، فجميع قواعد الاستعمال تطبق هنا فلا حق للساكن في التنازل ولا في إيجار حقه .

ثالثًا : الحكر : الحكر هو حق عيني للتمتع الناتج عن عقد إيجار لمدة طويلة من 18 إلى 99 سنة ، وتاريخه يرجع إلى القانون الروماني ، ومنه أخذ في القانون الفرنسي ، وقد ترتب أخيرًا بقانون 25 يونيو سنة 1912 بأحكامه الحالية التي أجازها [2] الحكر لمدة 99 سنة من 18 سنة ، وأنه حق عيني ترتب على

= وقال ربها : بل اكتريتها مني فالقول قول ربها . التاج والإكليل جـ 5 ص 271 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ 6 ص 204 .

(1) يقصد المؤلف بهذا الاصطلاح « عناية أب العائلة » الاصطلاح القانوني المشهور « عناية الرجل الحريص » .

(2) في الأصل : [أجاز] .

العقار فنتج عنه .

(1) أن حق الاحتكار يمكن رهنه .

(2) أن عقد الاحتكار يجب تسجيله .

(3) أن أهلية البيع في بائع العقار يجب تحقيقها فيمن يمضي عقد الحكر .

صفات عقد الحكر :

عقد الحكر يختلف عن عقد الإيجار العادى في المدة ، وقلة الأجر وواجبات المحتكر والحقوق الممنوحة للمحتكر ، فمدته من 18 إلى 99 سنة وقلة الأجر ملحوظة فيه . والمحتكر ملزم بعمل الأشغال الكبيرة والإصلاحات والتحسينات الملحوظة ، وبناء وإعادة ما بنى بدون الرجوع على مالك العين بأي تعويض عند نهاية مدته ، وللمحتكر الحق في الرهن والتنازل عن حقه بكل حرية [1] .

بند [54]

التشريع الإسلامي : حق الاستعمال هو حق المنفعة للشخص الذي مُنح ذلك من المالك ، وليس هذا حق انتفاع فلا يجوز للشخص المستعمل إلا استيفاء المنفعة [2] هو بذاته [3] ، فليس له الإيجار ولا الهبة ولا الإعارة للشيء الذي له حق

---

(1) انظر : البنود من 625 إلى 636 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الثالثة من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 140 ، 141 ، 142 .

(2) قاعدة : حق الاستعمال هو حق المنفعة للشخص الذي منح ذلك من المالك ولا يجوز للشخص المستعمل إلا استيفاء المنفعة هو بذاته .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 997 من القانون المدني المصري ومع المادة 1013 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . ومع المادة 1263 من التقنين العراقي . والمادة 956 من التقنين الكويتي ، ومع المادة 1223 من التقنين الأردني .

والسند الشرعي لذلك هو الاعتبار الشخصي الملحوظ في تحويل حق الاستعمال أو حق السكني بمقتضى عقد أو وصية ؛ ولذلك فمن المسلم به في الفقه الإسلامي أنه لو أوصى لشخص بحق سكنى منزل ، فالفتوى على أنه « لا يملك المستحقون للسكنى في الدار إيجارها ، ولا أحدهم إسكان غيره في نصيبه بعوض ، ولو ليأخذ هذا العوض ليدفعه أجرة لمحل يسكن فيه » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع) .

الاستعمال عليه فقط ويتحقق هذا في [1] :

أولًا : الإعارة التي قيدها المعير بعدم جواز إعارتها ولا الانتفاع بها لغير المستعير بشرط صريح أو ضمنى أو عرف أو عادة ، فالانتفاع خاص بشخص المستعير [2] حياته أو مدة الإعارة [3] .

ثانيًا : المنافع الموضوعة أصالة لوصف خاص كوقف على طلبة العلم للسكنى أو سبيل للشرب مثلًا ، أو على إمام أو مدرس ملحوظًا في ذلك ما دام بهذا الوصف ؛ فلا يجوز له استعمال غير المنفعة بذلك شخصيًا حتى ليس له أن يزيد عن العرف والعادة في الاستعمال ، فلا يجوز لساكن بيت الوقف إسكان غيره معه ، ولو كان لا يتناول منه أجرًا ، ولا يجوز استعمال ماء الشرب في سبيله في غسل ثياب أو شرب دواب إذا كان للإنسان مثلًا .

ثالثًا : العمرى : وهي تمليك منفعة شيء مملوك عقارا أو غيره إنسانًا أو غيره كفرس وبَعِيرٍ حياةَ المعطَى بغير عوض أو حياة المعطِي أو حياة أجنبي ، وهي كالهبة في الحوز والصحة والبطلان [4] .

ففي كل هذه الأحوال وما ماثلها حق الانتفاع مقيد بالشخص المنتفع فلا يورث

---

(1) ينقل الدردير الحكم بتحريم هذه الصورة بقوله : وأما ما يقع عندنا بمصر من أن للمستحق لوقف أو الناظر على مسجد ، ونحوه ببيع الوقف بدراهم كثيرة ويجعل المشتري على نفسه لجهة المستحقين أو المسجد حكرًا ، ثم يوقف ذلك الوقف على زوجته وعتقائه ، وإذا لم يوقفه باعه وورث عنه ما يسمونه خلوًا ، فهذا باطل بإجماع المسلمين ، وبعض من يدعي العلم يفتيهم بجوازه ويسند الجواز للمالكية ، وهي فتوى باطلة قطعًا ... الشرح الصغير للدردير جـ 3 ص 336 ، 337 .

(2) ساقطة من الأصل .

(3) جاء في التاج والإكليل أن : « من استعار دابة ، فلا يركبها غيره ، وإن كان مثله في الخفة) التاج والإكليل (268/5) .

وجاء في الشرح الصغير : « الإعارة تمليك منفعة مؤقتة بزمن ، أو فعل ، نصا أو عرفا بلا عوض » الشرح الصغير (230/3) .

(4) جاء في الخرشي على مختصر خليل (111/7) تعريف العمرى بأنها : « هي تمليك منفعة حياة المعطَى بغير عوض » ، وهي في تعريف الدردير تمليك منفعة شيء مملوك عقارا أو غيره كفرس وبعيرٍ حياةَ المعطى بفتح الطاء ، والظرف متعلق بتمليك ، أي مدة حياة المعطى بغير عوض » ا. هـ . الشرح الصغير (348/3) .

عنه ولا يوهب ولا يؤجر [1] .

وهو حق عيني إن تعلق بالعقار وحق شخصي إن تعلق بمنقول . وقد يكون مدى الحياة كالعمرى أو الوقف إذا شرط في الوقف ذلك ، وهو مجزِّئ للملكية ؛ لأنه يأخذ المنفعة فتبقى العين المستعملة لمالكها ترد له أو لورثته بعد نهاية الاستعمال .

أما واجبات المستعمل فهي نفس واجبات المستعير . ولا يدفع المستعمل الضرائب إلا لشرط أو عرف .

ويتلاشى الاستعمال هنا كما يتلاشى في الإعارة ، ويزيد هنا وفاة المستعمل لأن المنفعة لا تورث فترد العين لمالكها إن كان حيًّا أو لورثته إن مات . وحق السكنى هو كحق الاستعمال في الإعارة فلا يورث ولا يؤجر ولا يوهب .

الحكر : هو العين الموقوفة تؤجر لمدة طويلة بأجر زهيد غير مقيد بمدة ، وهو حق منفعة لا انتفاع فيورث ويؤجر ويوهب من المحكر ، وهو متعلق بمنفعة العين المحكورة مع بقاء العين ملكًا للوقف ، وهو من باب الإجارة وإنما يمتاز بطول المدة وقلة الأجر ، وهو لا يكون إلا للعقار ويشترط فيه أهلية المتعاقدين للالتزام .

ولا دخل لصاحب العين المحكورة سوى قبض أجر الحكر ، ومن حكم له به فعليه البناء والإصلاح ، إلخ وهو مالك لما يقيمه و ما يغرسه ؛ فإن انقضى الأجل سلم الأرض عارية مما له عليها ، بدون رجوع على المالك بأي شيء [2] .

بند [55] حق الارتفاق العيني

القانون الفرنسي : نظرة عامة : حق الارتفاق هو تكليف مفروض على ملكية للاستعمال ، ولمنفعة ملكية مملوكة لشخص آخر ، ويسمى الملك المفروض عليه الخدمة (ملك خادم) ، والملك المفروض له الخدمة (ملك سائد) كحق النظر على الملكية المجاورة أو حق المرور على أرض الغير .

---

(1) قاعدة : حق الانتفاع مقيد بالشخص المنتفع فلا يورث عنه ولا يوهب ولا يؤجر فالمنفعة لا تورث (طبقًا لمذهب الأحناف) .

(2) عن الانتفاع بالعمرى مدى الحياة ورجوعها إلى صاحبها بعد وفاة المنتفع . قال مالك : من أعمر رجلًا حياته فمات المعمر رجعت إلى الذي أعمرها ، وقال مالك : الناس عند شروطهم . المدونة الكبرى جـ 4 ص 363 .

قواعد الارتفاق العيني : لوجود ارتفاق حقيقي بمعناه القانوني يجب وجود شرطين :

أولًا : يجب أن يكون حق الارتفاق مرتبًا لصالح عين مملوكة ، لا لصالح شخص . بمعنى أن حق الارتفاق يزيد في قيمة العين المرتب لها ، فحق الصيد برًّا وبحرًا المرتب على عين مملوكة للغير ليس حق ارتفاق بل هو حق شخصي .

ثانيًا : يجب أن يكون الملك الخادم والملك السائد مملوكين لشخصين مختلفين ، فإن اجتمعا في ملك واحد زال حق الارتفاق .

وصفات حق الارتفاق القانونية هي :

1 - حق الارتفاق من الحقوق العينية .

2 - حق الارتفاق من الحقوق العقارية فهي مرتبة على عقار لصالح عقار فتنقل مع العقار الخادم ، ومع العقار السائد .

3 - حق الارتفاق من الحقوق العينية التابعة فهو يكوِّن جزءًا من العين التابع لها ضمن ملكية واحدة فهو جزء لا يتجزأ منها ، فلا يصح بيعه ولا حجزه ولا رهنه ولا نزع ملكيته منفردًا عن العين التابع لها بل يجب أن يتحمل كل تصرف صادر من صاحب العقار التابع له حق الارتفاق على ملكيته .

4 - حق الارتفاق من الحقوق المجزئة للملكية ؛ لأن الملكية السائدة تجني فوائد من الملكية الخادمة بأخذ الماء أو بحق المرور أو حق النظر مثلًا .

5 - حق الارتفاق من الحقوق المؤبدة ؛ فهو ينتقل مع العين التابع لها بلا نهاية . فلا يزول بموت مالك العين الخادمة أو المخدومة بخلاف حق الانتفاع والسكنى . ومع ذلك فيجوز تحديد مدة الارتفاق فيمحى في نهاية مدته كما يمحى بعدم الاستعمال مدة ثلاثين سنة .

6 - حق الارتفاق ليس مجزءًا ولا قابلًا للتجزئة . يعني لا يوجد حق ارتفاق دون حق استعماله ولا بعضٌ من حق الارتفاق من نوع واحد ؛ فهو موجود مستعمل وموجود أو لا موجود ، فلا يجوز لمالك جزء من عقار كثلث أو ربع ترتيب حق ارتفاق بدون قبول الآخرين الشركاء معه فيترتب على الكل . ولا يسقط الحق بمضي المدة بالنسبة لأحد الشركاء ما دام هناك مانع من ذلك ، كقصر

أحد الشركاء ، حتى ولو ترك أحد الشركاء استعمال حق الارتفاق ثلاثين سنة إذ يجب أن يكون السبب في السقوط عامًا وشاملًا لكل الشركاء [1] .

بند [56] حقوق الارتفاق وهي الحقوق القسرية

التشريع الإسلامي : حق الارتفاق هو الحق المفروض على ملكية لمصلحة ملكية أخرى [2] من ري وصرف ومرور ونظر وماء عين ومطر ؛ فالحقوق المتعلقة بالأراضي إما لمصلحة العامة كالطريق أو لمصلحة البلدان والبحور ونحو ذلك كحريم البلد والبحر أو لمصلحة الآحاد كسقي الأعلى وتقدمه على غيره في سائل مطر مباح [3] .

والحقوق القسرية منها ما هو مبني على العرف كإعارة الأرض للغرس أو البناء من غير تعيين مدة مع حصولهما ، وما هو مبنى على النصوص الشرعية كحفر الخنادق ، وقسمة المال المشترك وفتح شباك يطلع على جاره وإحداث ميزاب يصب في أرض جاره ، وكحقوق التطرق والمرور بأرض الغير فلكل أحكام شرعية لا يصح تجاوزها [4] . ولتحقق حق الارتفاق يلزم أن يكون الحق لمصلحة عقار مباشرة

---

(1) انظر : البنود من 686 إلى 689 في الفصل الأول ، من الباب الثالث من الكتاب الرابع ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 153 ، 154 .

(2) جاء تعريف حقوق الارتفاق بما لا يخرج عن ذلك في الفقرة الأولى من المادة 1015 من القانون المدني المصري ، وهي تتفق مع المادة 1018 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة 1271 من التقنين العراقي ، والمادة 1271 من التقنين الأردني ، والمادة 958 من التقنين الكويتي . ويتفق تعريف حق الارتفاق على هذا النحو اتفاقًا تامًا مع مقررات الفقه الإسلامي ؛ فقد نصت المادة 37 من مرشد الحيران على ما يأتي : « الارتفاق هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 1015 مصري ، ومع المادة 1018 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولا يتعارض حكمها مع المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

(4) قال ابن رشد : واحتجوا أيضا بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ، أن الضحاك بن قيس ساق خليجا له من العريض ، فأرادوا أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : أنت تمنعني وهو لك منفعة ، تسقي منه أولا وآخرًا ولا يضرك ! فأبى محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلي سبيله ، قال محمد : لا ، فقال عمر : لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك ، فقال محمد : لا ، فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ، ففعل الضحاك . بداية المجتهد 315/2 .

كسقي أو صرف أو غير مباشر كحق المرور والتطرق بأرض الغير ليصل إلى ملكه ، وأن يكون المالك للأرضين مختلفًا ، وأن يكون الحق مرتبًا على أرض لا على شخص فإن تحقق ذلك وجدت حقوق الارتفاق بمعناها الحقيقي .

وعلى هذا فهي حقوق عينية عقارية تابعة للملكيتين متعلقة بالعين الخادمة والمخدومة تعلق الجزء بالكل ، فكل تصرف في العين المرتب عليها حق الارتفاق يحمل التصرف فيما ترتب عليها من حقوق للغير .

وحق الارتفاق جزء من ملكية العين ، وهو باق ما بقيت العين المرتب لها وعليها ، وليس حق الارتفاق مجزَّءًا ولا قابلًا للتجزئة ، فمن لهم حق التطرق في أرض الغير لأرض مشاعة بينهم واقتسموا الأرض التي لها حق التطرق فإن لهم الحق المذكور شائعًا بينهم كما كان قبل القسمة [1] .

بند [57] القانون الفرنسي

ترتيب حق الارتفاق

أولًا : بالنظر إلى العين السائدة ، قد يكون حق الارتفاق مرتبًا على مبنى في المدن أو القرى ، وقد يكون مرتبًا على أرض غير مبنية كذلك .

ثانيًا : بالنظر إلى شكل وجود الارتفاق ، يكون ظاهرًا أو غير ظاهر ، مستمرًّا أو محدودًا ، سالبًا أو موجبًا فيكون ظاهرًا إذا أمكن رؤيته وكان مشاهدًا كحق النظر فهو منظور في شباك يطل على الجار ، وغير ظاهر إذا لم يظهر له أي أثر كحق منع البناء أو عدم رفع بناء يضر بالجار ، فتطبق قاعدة (التصرف كأب العائلة) على حق الارتفاق الظاهر دون غير الظاهر . ويكون مستمرًّا وهو الذي لا يحتاج لعمل أحد لاستعماله ، بل المفروض استعماله بمجرد وجوده كحق النظر فهو موجود

---

(1) في الموطأ جـ 2 ص 121 باب القضاء في المياه . عن عمرو بن حزم أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهرور ، ومذينب (واديان بالمدينة) : « يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل » وحدثني مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا يمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ » وعنه عليه السلام قال : « لا يمنع نقع بئر » .

راجع تنوير الحوالك شرح الموطأ جـ 2 ص 121 ، 122 ، مواهب الجليل جـ 5 ص 389 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 266 ص 267 .

بمجرد الفتحة التي تطل على المالك المجاور وكجر الماء من العين الخادمة ، ويكون غير مستمر إذا كان وجوده يحتاج لعمل كحق المرور أو نزح المياه من البئر أو الرعي ، ويكون حق الارتفاق مانعًا أو موجبًا حينما يجب على مالك العين الخادمة الامتناع عن فعل شيء معين .

ثالثًا : بالنظر إلى مأخذ حق الارتفاق ، يؤخذ حق الارتفاق من ثلاثة أشياء :

1 - حق الارتفاق الناتج من حالة الأمكنة الطبيعية .

2 - حق الارتفاق المرتب بنص القانون .

3 - حق الارتفاق المرتب بفعل الأشخاص .

ويلاحظ أن حقوق الارتفاق الناتجة من حالة الأمكنة الطبيعية هي محدودة بالقانون أيضًا كحق الارتفاق المرتب قانونًا ، إلا أنه رجع في تحديد الطبيعية إلى الطبيعة ورجع في القانونية إلى اختياره في التحديد لحق الملكية .

ويلاحظ كذلك أن النوعين الأولين ليسا من حقوق الارتفاق بالمعنى الخاص لهذه الكلمة ، ولكنهما استثناء من الحقوق العامة للملكية [1] .

بند [58] ترتيب حق الارتفاق

التشريع الإسلامي : إن ترتيب حق الارتفاق على هذا الوجه ترتيب اصطلاحي نظامي لحقيقة الشيء ، ولكن لا دخل فيه للقواعد الفقهية والأحكام المستنبطة من قواعدها فلا مانع صناعةً من اتباع هذا الترتيب [2] .

---

(1) انظر : البنود من 687 إلى 689 في الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الرابع من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 153 ، 154 .

(2) يتفق الحكم بوجوب مراعاة شروط المتبرع مع ما جاء في المادة 1019 من القانون المدني المصري ومع ما جاء في المادة 1022 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . والمادة 1275 من التقنين العراقي ، والمادة 959 من التقنين الكويتي ، المادة 1309 من التقنين الأردني ، وتتفق مع أحكام الفقه الإسلامي ، فقد نصت المادة 19 من مرشد الحيران في باب حق الانتفاع على ما يأتي « يجب أن تراعى شروط عقد المتبرع المترتب عليه حق الانتفاع بالنظر لحقوق المنتفع ولما يجب عليه من الواجبات » ونصت المادة 45 من المجلة العدلية على أن « التعيين بالشرط كالتعيين بالنص » وهو مبني على قوله ﷺ : « المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

فقد يكون حق الارتفاق في القرى والمدن كما يكون في الحقول ، وقد يكون لزرع أو لسكن ظاهرًا ملموسًا أو مقدرًا كفتح كوة (شباك) على الجار ، وقد يكون مستمرًا وغير مستمر إلخ .

ويؤخذ حق الارتفاق من طبيعة الأشياء ومن ترتيب القانون ومن اتفاق الطرفين على وجوده ، وسيأتي الكلام على ذلك مفصلًا في موضعه ؛ لأن المقارنة بين القوانين اقتضت مني أن أضع أولًا النص الوضعي ثم أتبعه بما يقابله في التشريع الإسلامي ، على أني قد اتبعت نظمهم في ترتيب التأليف ليكون أوفى لمن لم يتذوقوا الترتيب الفقهي الإسلامي ، لأني وضعت هذا المؤلف لهم [1] .

بند [59] حقوق الارتفاق الناتج عن حالة الأمكنة

القانون الفرنسي :

أولًا : في حق الارتفاق الطبيعي من الماء ، هذا الارتفاق يتكون من أن العين البعيدة (السفلى) تكون خاضعة إلى العين القربى (الدنيا) في أخذ المياه التي تسيل طبيعيًا بدون عمل لأحد في توزيعها ، المالك الأسفل لا يمكنه إقامة جسر أو سد لمنع سيلان هذا الماء ، كذلك المالك الأعلى لا يمكنه عمل أي شيء يمكن به مضاعفة هذا التكليف بالنسبة للملك الأسفل .

وقد زادت حقوق الارتفاق على الوجه الآتي بقانون 8 إبريل سنة 1898 كما يأتي :

يجب على المالك الأسفل قبول سيل الماء من الملكية العليا حتى المياه التي أسالها المالك الأعلى في ملكه كماء النبع أو ماء المطر ، لكن هذا أخرج حق الارتفاق من الطبيعي إلى الصناعي ، فكل مرة يصل الضرر من الملكية العليا إلى السفلى يجب تعويضها . ويخرج من تطبيق هذا القانون المساكن والحدائق والحيشان والبحيرات الصغيرة والزرائب إذا كان مرتبًا عليها حق الارتفاق .

ثانيًا : في ترتيب استعمال الماء : حق الملاك في استعمال الماء يختلف باختلاف

---

(1) راجع في ذلك تنوير الحوالك شرح الموطأ بالإمام السيوطي جـ 2 ص 121 ، 122 ، 123 ، وإرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك لابن عسكر ص 100 ، 101 .

طبيعة الماء كماء المطر أو ماء النبع أو الماء الجاري من الأنهر .

1 - ماء المطر ، المالك الذي ينزل ماء المطر في ملكه له الحق في استعمال هذا الماء ، وترتيبه كما يرى لأنه ملكه بالاحتلال .

2 - ماء النبع ، إن كان النبع صغيرًا فهو ملك لمن نبع في ملكه فيستعمله أو يردمه أو يبيعه للغير كما يرى ، ويمكن ترتيب حق الارتفاق على هذا النبع للملكية السفلى بعمل المالك نفسه كما أنه يتملك هذا الحق بمضي المدة بشرطين :

أ - أن يعمل مالك الأرض السفلى عملًا مستمرًا تامًّا مخصصًا لاستعمال ماء هذا النبع مع تسهيل مروره في ملكه ، وهذا العمل يكون في أرض نبع الماء .

ب - أن يمر ثلاثون سنة من تاريخ هذا العمل .

واستعمال ماء هذا النبع بمعرفة المالك مقيد بعدم منع الأهالي من أخذ الماء المحتاجين إليه نظير تعويض له اتفاقيًا أو بحكم قضائي .

وإن كوّن النبع له مجرى وأصبح عامًّا وجاريًا فحكمه حكم الماء الجاري الآتي بيانه ، يعني للمالك حق الاستعمال ولا يمكنه تحويل الماء عن مجراه إذا أضر بالآخرين الذين بعده ، وللمحاكم سلطة تقدير النبع وجعله من النوع الأول أو النوع الثاني .

3 - ماء جار (الأنهر) : الماء الجاري قسمان : ماء قابل للملاحة والسباحة ، وماء غير قابل لهما :

فالأول : يدخل في أملاك الدولة العامة ، وليس لملاك الشواطئ أي انتفاع بالماء .

والثاني : لملاك الشواطئ الحق في استعمال مائها . وحق استعمال مائها يدخل فيه سقي أرضهم التي على الشاطئين ، بل والتي ليست مجاورة للنهر ، ويجب الخضوع للأوامر الإدارية في استعمال وتركيب الالآت الرافعة للماء أو في وضع سد لحجز الماء .

ويجوز لمالك الشاطئ استعمال الماء في توليد الكهرباء متى ملك شخص واحد حافتي النهر ، أو متى اتفق المالكان المتقابلان على ذلك ، إلا أنه لا بد من الإذن الإداري حسب الأوامر المتعلقة بهذا .

ثالثًا : وضع سياج الميراث ، اعترف القانون بالحرية الكاملة لكل مالك في عمل سياج لملكه أو عدم عمله ، بخلاف القانون القديم فقد قيد هذه الحرية بحق الصيد

للسنيور ، وحق رعي الغنم في الحقول بعد ضم الزرع الذي يشترك فيه كل ساكن .

وحرية تسوير الملك ترتفع عند وجود حق الارتفاق بالمرور ، أو على الأقل يجب عليه احترام حق الارتفاق الذي للغير .

رابعًا : في الحدود بين جارين ، وهي عملية الغرض منها وضع حد فاصل بين حقلين متجاورين وتحقيقه بواسطة علامات داخلية تسمى حدودًا .

وقد عرف القانون حق التحديد لكل مالك مجاور لآخر ، فيجوز له جبر جاره على التحديد قانونًا . وليس هذا من قبيل حق الارتفاق ، ولكنه حق فرضه القانون . والتحديد محتاج إلى معرفة مساحة عقار الجارين ، وإلى وضع الحد الفاصل بين الملكيتين ، وقد يحصل بالاتفاق بين الجارين وإلا فبالقضاء . والمختص قاضي الصلح ما دام لا نزاع في الملكية ، ومصاريف ذلك على الجارين [1] .

بند [60] حقوق الارتفاق الناتج عن حالة الأمكنة

التشريع الإسلامي : حق الارتفاق الطبيعي من الماء ، العين السفلى البعيدة عن مجرى الماء تأخذ ماء ريها من العين العليا القريبة من مجرى الماء أو تأخذ ماء ريها من المياه التي تسيل طبيعيًا بدون عمل لأحد في توزيعها .

وليس لمالك العين العليا إقامة حاجز أو سد لمنع سيلان الماء (على النحو الآتي تفصيله) .

أما ماء الري من نهر جار [2] فيؤخذ من الأرض المجاورة للماء إلى الأرض البعيدة عنه جبرًا من أقرب نقطة تصل منها هذه المياه [3] ، وكذلك ماء الصرف الذي

---

(1) انظر : البنود من 640 إلى 648 ، في الباب الأول من الكتاب الرابع ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 143 ، 144 .

(2) قال الحطاب : « من حق من قرب من المياه أن ينتفع بما فضل منها دون ثمن ، إن لم يجد له صاحبه ثمنا باتفاق ، وإن وجد فعلى اختلاف » . مواهب الجليل 16/6 .

(3) يتفق الحكم بحق الأرض البعيدة عن النهر في مائه مع ما جاءت به المادة 809 من القانون المدني المصري ومع ما جاء في المادة 83 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ومع المادة 1058 من التقنين العراقي ، والمواد 1298 – 1300 من التقنين الأردني . وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 45 من مرشد الحيران على ما يأتي : « إذا كان لأحد مسقى جار بحق في أرض آخر ، فليس لرب الأرض أن يمنعه عن إجرائه في أرضه » . (انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

يسيل من الملكية العليا إلى الملكية السفلى ليصب في مصرف مياه الصرف العام مثلًا أو لأرض فضاء ، فإن كانت السفلى استعملت أولًا وأحياها ربها قبل الأرض العليا فقد ترتب حق الارتفاق من ريٍّ وطريق على العليا بلا مقابل لأن إحياء السفلي تم أولًا . فإن كانت العليا تم إحياؤها أولًا فلرب السفلى أخذ الماء والطريق من العليا لكن بدفع ثمنه [1] ، وأما ماء الصرف أو الماء الفائض من العليا فعلى رب السفلى إمراره متى كان لا دخل للعليا فيه ، ولا يفيده في إصلاح أرضه كمطر غزير تجمع في العليا أو نبع فيها كثر ماؤه فسال في السفلى . فإن كان رب العليا يريد تجديد قوة أرضه بغسلها من الملح الموجود فيها أو أخذ راسب الماء من طمي النيل وما يحمله الماء معه من مواد مخصبة لأرضه فإن الأرض السفلى تحمله لكن بثمن المرور كمصرف أو نشاع [2] مثلًا لأن مصلحة ذلك تعود على الأرض العليا . وفي هذه الحالة فرب الملكية العليا مسئول عن الضرر الذي ينتج للسفلى من كثرة

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 808 من القانون المدني المصري والمادة 812 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها :

1 - من أنشأ مسقاة خاصة أو مصرفًا خاصًا وفقًا للقوانين واللوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها .

2 - ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين للأرض المنشأة بها المسقاة أو المصرف أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من ري أو صرف ، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منهما ، وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منهما » . وتتفق هذه المادة مع المواد 1055 - 1057 من التقنين العراقي و 1292 - 1295 من التقنين الأردني . وتتفق أحكام هذه المواد مع أحكام الفقه الإسلامي؛ فقد نصت المادة 1267 من المجلة على ما يأتي: « الأنهار المملوكة يعني المياه الداخلة في المجاري المملوكة حق شربها لأصحابها ، وللعامة فيها حق الشفة فقط ، فلا يسوغ لأحد أن يسقى أراضيه من أنهر مخصوص بجماعة أو جدول أو قناة أو بئر بلا إذنهم ، لكن يسوغ له الشرب بسبب حق شفته وله أيضًا أن يورد حيواناته من النهر والجدول والقناة المذكورات إن لم يخش من تخريبها بحسب كثرة الحيوانات وكذلك له أخذ الماء منها إلى جنينته وجاره بالجرة والبرميل » . انظر كذلك المواد 1262- 1266 والمادتين 1268 ، 1269 من المجلة . ونصت المادة 42 من مرشد الحيران على ما يأتي : « من أنشأ ترعة من ماله لسقي أرضه فله الانتفاع بما فيها كيف شاء ، وليس لغيره أن يسقى أرضه منها إلا بإذن المنشئ . وللغير أن يشرب منها ويسقي دابته » . وانظر كذلك المواد 37 - 41 والمواد 43 - 47 من مرشد الحيران . (انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

(2) النشع من الماء ما خبث طعمه . مادة نشع لسان العرب جـ 6 ص 4430 .

الماء أو تلف الزرع [1].

ترتيب استعمال الماء : الحق المترتب على استعمال الماء يختلف تبعًا لطبيعة الماء ووجوده .

أولًا : ماء المطر [2] : لا يخلو حال المطر إما أن ينزل بأرض مملوكة لمعينٍ أو ينزل بأرض مباحة لا ملك لأحد عليها ، وفي كلتا الحالتين إما أن يكون المطر قليلًا لا يخرج من حيزه أو كثيرًا يخرج في بقاع أو أراض عليها زرع ولها منتفعون .

1 – إن نزل المطر بأرض مملوكة لمعين وكان قليلًا لا يخرج من حيزه فهو ملك لمالك العين التي نزل بها المطر ، فله منعه من الناس وله بيعه ، فإن خيف الهلاك أو المرض الخطر على من لم يستعمل الماء وجب بذله له بدون ثمن عند الحاجة ، وإلا بأن وجد الثمن فالأرجح أخذه .

ومثل هذا في الحكم الماء المتجمع صناعيًا من المطر بأرض مملوكة ، وماء البئر في جنة أو في بيت ، والماء في آنية لربها فله بيعه ومنع الناس منه إلا خوف الهلاك إلخ .

2 – إن نزل المطر بملك خاص وكان كثيرًا يخرج من بقاع وأراض عليها زرع ، ولها منتفعون فينتفع أولًا من نزل المطر بأرضه ثم يرسل الباقي لمن يليه . يعني يرسل ما زاد على انتفاعه العادي . وليس له منع جميع الماء لما فيه من الضرر على من زرع وانتفع ، وله طلب تعويض من المنتفعين إذا كان إحياؤهم بعده وإلا فلا .

3 – إن نزل المطر بأرض مباحة أي لا ملك لأحد عليها فيسقى القريب من الماء أولًا إن تقدم إحياؤه للكعب ثم يُرسل لمن يليه جميع الماء أو ما زاد ؟ خلاف . وهذا في القليل والكثير وإن اتفق جماعة على إجرائه بأرضهم قسم بينهم على حسب أعمالهم من حين ابتداء جريه وإلا أقرع بينهم [3] .

---

(1) روى مالك عن عمر بن الخطاب أن الضحاك بن قيس ساق خليجًا له من العريض فأرادوا أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبي محمد فقال له الضحاك ، أنت تمنعني وهو لك منفعة تسقي منه أولًا وآخرًا ولا يضرك ، فأبي محمد فكلم الضحاك عمر وأمره أن يخلي سبيله ، قال محمد : لا ، فقال عمر : لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك فقال : لا ، فقال عمر : والله ليمرن ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به . بداية المجتهد جـ 2 ص 315 ، وراجع ص 266 ، 267 .

(2) انظر : مواهب الجليل 17/6 ، شرح عليش على هامش حاشية الدسوقي 74/4 .

(3) روى مالك في الموطأ عن عمرو بن حزم أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سَيْلِ مَهْروزٍ وَمُذَيْنِبٍ (هماواديان بالمدينة) يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل . تنوير الحوالك جـ 2 ص 217 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 315 .

ثانيًا : ماء النبع : يعني ماء البئر ، فإن كان البئر في ملك خاص فهو ملك لمالك الملك الخاص يتصرف فيه كما يشاء . ويرى المشرع الإسلامي أن لا يمنع الحطب والماء والنار والكلأ (المرعى) . وقيد ابن رشد [1] في البئر أو العين في أرضه بما لا ضرر فيه على المالك في الدخول للاستسقاء منها . وأما البئر التي في دار رجل أو حائطه التي قد حظر عليها ، فله أن يمنع من الدخول عليه [2] .

فإن كان لصاحب البئر جارٌ زَرَعَ على ماء بئره ، ثم هدم بئره ، وأخذ في إصلاحه وكان زرع هذا الجار قد خيف هلاكه ظنًّا ، وكان في ماء البئر فضل وجب بذل الماء له ، فيشترط لوجوب ذلك أربعة شروط :

1 - أن يكون في البئر الأولى التي لم تنهدم فضل ماء زائد على احتياج صاحبها .

2 - خوف هلاك زرع الجار ظنًّا من عدم الري .

3 - هدم بئر الجار التي زرع عليها فلو زرع أو غرس على غير ماء البئر فلا وجوب .

4 - أن يأخذ الجار في إصلاح بئره التي انهدمت وكان يمكن إصلاحها ، وإلا لم يجب عليه . فمتى تحققت هذه الشروط أجبر صاحب البئر على بذل ماء بئره . وهل يجبر بالثمن إن وجد ، أو يجبر مجانًا عند عدم الوجود ، أو حتى ولو وجد ؟ خلاف . ويمكن لمالك النبع ترتيب حق الارتفاق للغير على نبعه . ولو استعمله المنتفع بدون اتفاق من المالك مدة تكفي للحيازة الشرعية بلا معارضة من المالك مع حضوره وعلمه فقد ملك حق الانتفاع منه [3] .

---

(1) ابن رشد هو محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد قاضي الجماعة بقرطبة . من أعيان المالكية ، وهو جد الفيلسوف بن رشد توفى سنة 450 هـ بقرطبه - من تصانيفه : البيان والتحصيل - المقدمات انظر : سير أعلام النبلاء 216/5 .

(2) راجع الموطأ كتاب الأقضية القضاء في المرفق ، والقضاء في الماء . روى الإمام مالك في الموطأ أن رسول الله ﷺ قال في سَيْلِ مَهْرورٍ ومُذَيْنِب : « يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل » وقال : « لا يمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ » وقال : « لا يُمنع نقع لبئر » .

راجع تنوير الحوالك جـ 2 ص 122 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 2 ص 315 .

(3) روي الإمام مالك في موطئه عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ » . وعن عمرة بنت عبد الرحمن أن رسول الله ﷺ قال : « لا يمنع نقع بئر » .

تنوير الحوالك جـ 2 ص 218 ، إرشاد السالك ص 100 ، 101 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 315 .

ولمالك النبع حق منع الأهالي عنه عند عدم الحاجة إليه منهم وعدم الضرر له بسببهم ، فإن كانوا في حاجة إليه فله أخذ أجرة الماء بشرط عدم ضرره في ذلك .

كل هذا في بئر الحضر ،فإن كان في البادية - وهي بئر الصحراء للماشية - فيجب بذل فضل مائه هدرًا بلا ثمن ولو مع وجوده . ولا يجوز له بيعه ولا هبته ولا يورث عنه ، وهذا إن لم يبين الملكية عند حفره . فإن أشهد عند الحفر أنها له اختص بها لأنها إحياء الموات . فإن زاد ماء النبع حتى كوَّن له مجرى فحكمه كما يأتي في ثالثًا (الماء الجاري) ، أن للمالك حق الاستعمال وليس له منعه ولا تحويله عن مجراه الطبيعي [1] .

ثالثًا : الماء الجاري : (كالنيل والأنهر الأخرى) الماء المباح الذي لا ملك لأحد عليه كماء النيل أو دجلة والفرات أو كماء الأودية والجبال الذي تتوسط أملاكًا لمتعددين يقسم بينهم في الاستعمال إن لم يف الكل دفعة واحدة . والقسم بينهم بطريق الشط أو بطريق الطول من ناحيتي النهر فكل قسم له شرب معلوم . وتستوي الأنهار القابلة للملاحة والسباحة وعدم القابلة لهما ؛ لأنهما معًا من أملاك الدولة ، والماء ملك مشاع للجميع ما داما ليسا في ملك أحد . فإن مر النهير أو الجدول من ملك أحد فليس له إلا الانتفاع فقط ، وليس له منع الماء أو استعمال ما يمنع أو يعطل الانتفاع به .

وعلى من ملك الشط أو الشاطئين الخضوع لما أمر به أو يأمر ولي الأمر في ترتيب الانتفاع بالماء ، ويحرم استعمال الماء للري في غير دوره ؛ لأن نظم الانتفاع من الحق العام ؛ فلولي الأمر ترتيب عقاب على من يخالف نوبة الماء وزجره عند التعدي على حقوق الآخرين .

وأما وضع سياج الميراث فهو حق للورثة المالكين إن شاءوا وضعوه وإن شاءوا لم

---

(1) من له ماء وانهدمت بئر زرعه ففضل عن سقي زرعه فضلة من الماء وله جار له زرع أنشأه على أصل ماء وانهدمت بئر زرعه ، وخيف على زرعه الهلاك من العطش ، وشرع في إصلاح بئره فإنه يجبر على إعطاء الفضل لجاره بالثمن إن وُجد معه على ما رجحه ابن يونس . والمعتمد وهو مذهب المدونة أنه يجبر على دفعه له مجانًا ولو وُجِدَ معه الثمن . انظر : حاشية الدسوقي 72/4 .

وقال ابن عسكر : فإن حفر في ملكه بئرًا ، فله منع مائها وبيعه إلا بئر الزرع فعليه بذل فضلها لجاره الزارع . إرشاد السالك ص 100 .

يضعوه ، ويجبر الممتنع من تحمل ما أنفق في سبيل ذلك حسب الرؤوس . ولا يجوز التعدي على حق الارتفاق المرتب على العين بأي نوع من منع استيفائه ، أو تقليل استغلاله ؛ لأنه حق للغير ، ويجب احترام حقوق الغير والمحافظة عليها .

وأما الحدود بين الجارين فتتحقق بعلامات فاصلة كأحجار أو حديد تدق في الحد الفاصل لتمييز كلتا الملكيتين ، أو بعمل مصرف فاصل أو بمجرى ماء كذلك ، ويملك كل جار نصفه . وقد شدد المشرع الإسلامي في تحديد العقار حتى إنه في ذكر حدوده في الدعوى عند النزاع أو في البيع أو الهبة أو الرهن إلخ اشترط ذكر ما يعرف به من مقاس طولًا وعرضًا ونهاية حدوده الأرض بجيرانه وفاصل الجيرة إلخ .

فإذا كان الحد موجودًا فعلًا بين الجارين وجبت المحافظة عليه منهما [1] . وإن لم يكن موجودًا وكان بينهما حسن جوار ورضيا بذلك فبها ، وإن طلب أحدهما التحديد وجب على الجار الثاني إجابته لذلك بما يقتضيه العرف والعادة . وإن لم يجبه أجبر شرعًا على ذلك ؛ فإن فعل فبها وإلا عمل وألزم بما يخصه من نفقات وألزم بدفعها لجاره حسب رءوسهم . ويدخل في النفقات أجرة قاسم وقيَّاسٍ وكاتب ومقوم إلخ .

بند [61] حقوق الارتفاق المرتبة بالقانون

القانون الفرنسي : حقوق الارتفاق المرتبة قانونًا إما أن يكون أساسها المصلحة العامة كالطرق ، والشوارع ، والخدمة العسكرية ، وإما أن تكون مرتبة لصالح الملاك الخاص وذلك :

أولًا : في الحاجز المشترك ، وهو الملكية المشتركة في حاجز مستعمل في الفصل بين ملكيتين متجاورتين مع عدم الانقسام الجبري . والحائط المشترك يكون حاجزًا

---

(1) يتفق إيجاب ذلك مع ما جاء في المادة 813 من القانون المدني المصري ، ومع ما جاء في المادة 817 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها :

« لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد مناصفة بينهما » .

ويتفق ذلك مع كل من المادة 813 من التقنين الكويتي ، والمادة 1060 من التقنين العراقي . والسند الشرعي لها أنها من الأعمال التنظيمية التي تهدف إلى المحافظة على مصالح الجيران والحيلولة دون قيام نزاع بينهم .

(انظر : المذكرة الاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

مشتركًا متى أقيم بنفقة المالكين المتجاورين . ويفرض القانون أنها حاجز مشترك متى استعملت بين سكنين حاجزًا أو بين حوش وبستان ، ولكن متى ظهر أنها مملوكة لأحد الجارين بأدلة أو علامات في البناء فهي له ، ولكن للجار المقابل الحق في تملك نصف هذا الحائط بقوة القانون ، وعليه نصف ما تكلف ونصف ثمن أساسها . وحق المالكين في الحائط الفاصل مقيد بما يأتي :

1 - أن قاعدة عدم إبقاء شيء لا ينقسم في ملكية غير واحد بدون إرادتهما لا تنطبق هنا ؛ بل تبقى الحائط غير منقسمة ما دامت حاجزًا بالرغم من رادة أحدهما القسمة .

2 - أن حق عدم استعمال الشيء المشترك إلا بإذن ورضاء جميع الشركاء لا يطبق هنا ؛ فلكل واحد منهما استعمال هذا الحائط بدون رضا الجار بشرط عدم المساس بحقوق جاره . وليس لأحدهما إدخال شيء من الحائط أو الاستناد عليها فيما يضر بها بدون إذن جاره .

3 - كل شريك يمكنه تعلية الحائط المشترك ، وعليه تقع النفقات وحده ، وإذا كانت ضعيفة من أصلها فعلى مريد تعليتها بناء أساسها على نفقته .

وعلى الجارين تعهد الحائط وإصلاحها وإعادتها متى هدمت على نفقتهما بالاشتراك .

في الحواجز الأخرى المشتركة : كل حاجز يفصل بين ملكيتين يكون مشتركًا ، ما دامت الملكيتان مقفلتين أو مسوَّرتين ، أو أنهما معًا غير مقفلتين كسياج أو قناة أو درابزين حديد إلخ ، فيفرض القانون الشركة في كل ذلك إلا إذا ثبت بأدلة أو ظهرت قرائن ، فيعمل بها وتكون لصاحبها ، وحينئذ فليس للشريك الآخر جبره على تملك النصف ، فلا يكون ذلك إلا في الحائط فقط . وإذا كان الحاجز أشجارًا شركة فلكل منهما نصف الثمر أو الشجر ولهما إزالتها .

ثانيًا - في الحاجز الجبري : والواجب المفروض بالتقابل قانونًا : يفرض القانون على الملاك المتجاورين وجوب تحديد أراضيهم في المدن والضواحي مع إعطاء كل واحد منهم حق إلزام الآخر في المشاركة في بناء أو ترميم الحاجز الفاصل بين بيوتهم وحيشانهم ومساكنهم ، وهذا واجب قانوني حتمه القانون لاحق ارتفاق .

هذا الواجب يكون في المدن والضواحي فقط . فإن لم يكن في أي قسم إداري أوامر تقتضي ذلك فللمحاكم تقدير ذلك . وإن هذا النظام لا يقضي بإلزام من أقام

حاجزًا في ملكه ، وعلى مصاريفه بإعطاء نصفه إلى جاره مع أخذ نصف تكاليفه [1] .

بند [62] حقوق الارتفاق المترتبة شرعًا

التشريع الإسلامي : سبق أن قلنا إن الحقوق المتعلقة بالأراضي إما أن تكون للمصلحة العامة كطريق عام أو لمصلحة البلدان والبحور ، أو نحو ذلك كحريم البلد والبحر ، وإما أن تكون لمصلحة الفرد كسقي الأعلى ، وتقدمه على غيره إذا سال مطر بمباح .

الحاجز المشترك بين ملكيتين : لا يخلو حال الجارين مما يأتي :

أولًا : أن يتفقا على إقامة حاجز مشترك بينهما مناصفة أيًا كان نوع الحاجز من بناء أو شجر أو خشب أو حديد ، فلا نزاع في أن كل واحد منهما يملك نصفه متى اتفقا على ذلك ، ودفع كل منهما نصيبه في النفقات ، وكان على الحد الفاصل مناصفة في مكانه ، فإن اتفقا على أن لواحد منهما الثلث وللآخر الثلثان ، أو لأحدهما الربع وللآخر الثلاثة أرباع صح ذلك وجاز فلهما كل حرية فيما يتفقان عليه ولا دخل للقانون ولا للتشريع فيما لا يضر المصلحة العامة ، ولا يخالف كتابًا ولا سنة ولا إجماعًا .

ثانيًا : ادعى كل منهما ملكية حاجز موجود بالفعل فينظر إلى طبيعة الشيء بعد العجز عن البينة ، فمن وجدت أوجه اللَّبن والآجر (الطوب النبئ والطوب الأحمر) نحو ملكيته والطاقات ومعاقد القمط [2] كذلك فهي له [3] ، فإن قدم أحدهما بينة وصحت شهادته أو حجة مكتوبة صحيحة عُمل بها وحكم له ، أو قدم كلاهما بينه وتعادلتا ولا مرجح أو لم يقدم أحد منهما شيء نظر للعلامات المذكورة بمعرفة أهل الفن . وإلا بأن لم تكن بينة أصلًا ، أو كانت دون مرجح فالحاجز مشترك بين الجارين ؛ لأن الأصل عند الجهل الاشتراك .

---

(1) انظر : البنود من 653 إلى 673 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني من الكتاب الرابع ، من المقالة الثانية من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 146 : 150 .

(2) القمط : ما تشد به الأخصاص وقُمُطُهُ شُرُطُهُ التي يوثق بها ويشد بها من ليف كانت أو من خوص ، فقضى به للذي تليه المعاقد دون من لا تليه معاقد القمط ومعاقد القمط أوجه التقوية التي تكون في الجدار . لسان العرب مادة قمط 3739 .

(3) جاء في المعونة على مذهب عالم المدينة 1200/2 أنه : إذا تنازعا حائطًا بينهما حكم به لمن يشهد له العرف بأن يكون قد فعل فيه ما يفعل الملاك في أملاكهم ويتصرفون غالبًا فيه من الرباط ومعاقد القمط ووجوه الآجر واللبن وما أشبه ذلك .

فإن ثبت أن الحاجز ملك لأحد الجارين فليس لجاره عليه من حق في تملك نصف هذا الحاجز إلا برضاه [1] لأن هذا من قبيل إخراج ملك المالك بدون مبرر شرعي . فإن شاء المالك أشركه ، وإن شاء منع [2] ، على أنه ليس لمالك الجدار الساتر لجاره هدمه ضررًا ، وإلا ألزم بإعادة بنائه . فإن هدمه صاحبه لإصلاح أو انهدم الجدار من نفسه ، فلا يلزم المالك برده ثانية . ويقال للجار المنكشف : استر على نفسك إن شئت في ملكك .

ومتى ثبتت الشركة بينهما في الحائط الحاجز بينهما فليس لأحدهما وضع جذع أو خشبة فيه أو استعمال في غير ما أقيم له بغير إذن شريكه [3] . وليس لأحدهما

---

(1) يتفق إيجاب الاستناد للرضا ، لا الجبر ، في هذا مع ما جاء في المادة 858 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « ليس للجار أن يجبر جاره على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط ... » . ومن ثم فإنه بمقتضى ذلك لا يجوز للجار أن يجبر جاره على قبوله شريكًا في الحائط الفاصل إلا في حالة ما إذا قام الجار بتعلية الحائط المشترك على نفقته ، فيجوز لجاره أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلي ، ويصبح الحائط كله مشتركًا ، كما لا يجوز للجار أن يجبر جاره على قبوله شريكًا في الأرض التي عليها الحائط الفاصل أو فيما إذا أعاد الجار بناء الحائط المشترك واضطر أن يزيد في سمك الحائط وأن يأخذ جزءًا من أرض جاره لهذه الزيادة ، فيكون عليه أن يدفع لهذا الجار ثمن ما أخذه من أرضه . ويتفق هذا مع المادة 1092 من التقنين العراقي ، والمادة 1279 من التقنين الأردني . وفي الفقه الإسلامي : انظر المادة 69 من مرشد الحيران التي تقدم ذكرها .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

(2) عمدة المالكية أن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه . بداية المجتهد 251/2 .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 814 من القانون المدني المصري ومع المادة 855 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها :

1 – لكل شريك أن يستعمل الحائط المشترك بحسب الغرض الذي أعد له ، وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته .

2 – فإذا احتاج الحائط إلى إصلاح ، أو لم يعد صالحًا للغرض الذي أعد له ، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء ، كل بنسبة حصته فيه .

ويتفق ذلك مع كل من المادة 1087 من التقنين العراقي . المادة 1278 من التقنين الأردني . وتتفق أحكامها مع أحكام الفقه الإسلامي . فقد نصت المادة 70 من مرشد الحيران على ما يأتي : « إذا كان الحائط مشتركا بين اثنين فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف فيه بتعلية أو زيادة في البناء عليه بدون إذن الآخر ، سواء كان تصرفه مضرًا بالآخر أم لا » . ونصت المادة 71 من المرشد على ما يأتي : « لكل من الشريكين في الحائط أن يضع عليه أخشابًا بقدر ما لشريكه ، بشرط ألا يتجاوز كل منهما ما يتحمله الحائط ، وليس لأحد منهما أن يزيد في =

طلب القسمة فيه متى أضرت القسمة بجاره ، وإلا فإن اتفقا على قسمته أو هدمه جاز كأي شيء مملوك لشريكين فأكثر مثلًا . ويجوز تعلية هذا الحائط من أحد الشريكين بإذن شريكه [1] ، وعلى الباني حصة ما أنفق فقط . فإن لم يأذن الشريك فلا يجوز البناء عليه ككل مشترك . فإن هدمت الحائط المشتركة أو احتاجت لإصلاح وجب على الشريكين ذلك ، ويجبر من أبى على ذلك .

وأما الحواجز الأخرى : فكل حاجز يفصل بين ملكيتين يجوز أن يكون مشتركًا ويجوز أن يكون لواحد إما بطريق الاتفاق ، أو بطريق القضاء ؛ فيفرض القانون الشركة عند عدم الأدلة أو عند تعادلها ، وعدم وجود مرجح أو عند عدم الاهتداء بعلامات فنية . فإن ثبت لأحد الجارين فليس للآخر جبره على الشركة فيه كما سبق بيانه . وإن كان الحاجز أشجارًا وملكًا لهما فعلى قدر الملكية تكون المنفعة فإن كان على النصف فلكل واحد النصف في الشجر والثمر وما ينتج إلخ .

وأما الحاجز في المدن والضواحي فليس بواجب أصالة إلا إذا أوجبه الحاكم ، لأنه للمصلحة العامة لوجود التشاحن والادعاءات بالحق والباطل وجور الجيران ، وتظالمهم . ويجبر الجار على بناء وترميم الحاجز الفاصل المشترك في هذه الحالة .

= أخشابه بدون إذن الآخر ، كما أنه لا يجوز لأحدهما أن يحول محل أخشابه التي على الحائط يمينًا أو شمالًا من أسفل إلى أعلى ، ولو من أعلى إلى أسفل جاز ... » . وفي هذا المعنى أيضا جاءت المادتان 1210 ، 1211 من المجلة . كذلك نصت المادة 1318 من المجلة على أنه : « إذا حصل للحائط المشترك بين جارين وهن وخيف من سقوطه وأراد أحدهما نقضه وامتنع الآخر فيجبر على النقض والهدم بالاشتراك » وفي هذا المعنى أيضا المادة 754 من مرشد الحيران .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع) .

(1) يتفق ذلك مع جاء في المادة 815 من القانون المدني المصري والمادة 856 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية وفيها أنه إذا لم يكن الحائط المشترك صالحًا لتحمل التعلية ، فعلى من يرغب من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة . ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركًا دون أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض » . ويتفق ذلك مع بعض ما جاء في المادة 1089 من التقنين العراقى والمادة 1277 من التقنين الأردني .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

على أن من أقام حاجزًا في ملكه وعلى نفقته فليس ملزمًا بمشاركة جاره فيه فهو حر التصرف في ملكه [1] .

بند [63] القانون الفرنسي

حالة ملك منزل واحد لعدة أشخاص لكل واحد دور خاص :

متى وجد منزل لعدة شركاء كل واحد يملك سكنًا فيه فهم جميعًا شركاء ، ولو أن كل واحد يملك سكنه خاصة فقط وهم شركاء غير منفصلين في الأجزاء العامة للمنزل كأرضه وحوائطه الكبيرة وسقفه الأعلى .

حق الملاك :

كل واحد من الملاك له الحق في استعمال سكنه والاستمتاع به والتصرف فيه ، فيحدث أي تغيير فيه أو نظام بشرط عدم الإضرار بالشركاء الآخرين . وله الحق في استعمال الشيء العام للمنزل ، إذا سقط المنزل من قدمه . فلكل واحد طلب حقه في بيع الأنقاض والأرض ، كذلك إذا نزعت ملكيته للمنفعة العامة فلكل واحد حق التعويض عن سكنه .

واجب الشركاء :

عليهم النفقة العامة حسب ملكيتهم وإصلاح الحائط الكبير والسطح ودفع الضرائب إلخ ، وعلى كل واحد نفقة وإصلاح سكنه خاصة ، ومالك أول سكن يقيم السلم ليصل لدوره فقط ، والثاني لسكنه هكذا .

وجوب ترك مسافة للمزروعات :

المالك الذي يريد زراعة شجر أو شجيرات في ملكه يجب عليه ترك مسافة بجوار ملك جاره . فإن وجد عرف أو تعليمات إدارية وجب اتباعها . وإلا فيجب ترك مسافة مترين إذا كان طول الشجر يزيد عن مترين ، وإذا كان طولها أقل وجب ترك مسافة 50 سنتيمترا .

---

(1) راجع تفاصيل ذلك في تنوير الحوالك جـ 2 ص 121 ص 122 ، إرشاد السالك ص 100 ، 101 ، بداية المجتهد لابن رشد جـ 2 ص 315 .

فإن خالف المالك ولم يترك ذلك حق لجاره إكراهه قانونًا على قلع هذه الأشجار أو قلمها حتى تصل لما يريد . فإن طالت فروع الشجر أو أصولها من ملكه ودخلت ملكية الجار وجب عليه قطعها . وللجار إكراهه قانونًا على ذلك ، فإن سقطت ثمرة هذه الفروع في أرض الجار حق له أخذها .

حق الارتفاق المخصص لتسهيل الري أو إصلاح الأراضي :

يوجد ثلاثة أنواع في حق الارتفاق المخصص لذلك :

(1) مجرى ماء . (2) استناد . (3) صرف .

1 – **مجرى الماء للري** : يجوز لكل مالك يريد سقي أرضه من ماء طبيعي أو صناعي أن يمرر قناة مائه في الملكية الفاصلة بين حقله والماء ، بشرط دفع تعويض مقدم وعادل لمالك الملكية الفاصلة ، وتعفى من هذا الارتفاق [1] المنازل والجنائن والحيشان .

2 – **سد الماء للري** : يجوز لمالك شط النهر أن يقيم سدًّا حاجزًا للماء ليرتفع فيروي أرضه بشرط تعويض المالك المقابل له على النهر مقدمًا وكافيًا .

3 – **الصرف للأرض الضعيفة** : يجوز لمالك الأرض الضعيفة المراد إصلاحها وتنقيتها من الأملاح إنشاء مصارف فيها تمر من ملك الغير لتصب في مجرى الماء أو في بحيرة أو غيرها لصرف الماء المستعمل في إحياء هذه الأرض . وعليه تعويض لكل من مر المصرف في ملكه يدفع مقدمًا وعادلًا ، ولا تدخل المساكن وما يتبعها في ذلك الارتفاق [2] .

بند [64] التشريع الإسلامي

في حالة ملك عدة أشخاص لمنزل واحد لا يخلو الحال :

1 – إن كانوا غير ساكنين فيه فتعميره على الجميع كل حسب نصيبه حسب اتفاق الملاك فإن امتنع أحد الشركاء من التعمير أجبر على ذلك على نفقته فيما يخصه .

---

(1) في الأصل : [الارتفاق هذا] .

(2) انظر : البنود من 664 إلى 673 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني من الكتاب الرابع ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 148 ، 149 ، 150 .

2 – إن كانوا ساكنين فيه اتفاقًا ، وكان حصة الجميع مشاعة كالربع لكل واحد فهم شركاء في أرضه وبنائه الموجد لكيانه من حوائطه الكبيرة وسقفه جميعًا . فإن كان بينهم اتفاق على التعمير عمل به ، وإلا فتكون الجدران الكبيرة والصغيرة على جميع الملاك فكل يدفع مصاريف النفقة على حسب (الحصة التي يملكها) [1] . فهم جميعًا شركاء . ولو أن كل واحد يملك سكنه خاصة فقط ، وهم غير منفصلين في الأجزاء العامة للمنزل ، فلكل واحد الحق في استعمال سكنه والاستمتاع به وتغيير نظامه بشرط عدم الإضرار بشركائه . وله الحق في استعمال الشيء العام للمنزل من محتطب وطرح زبالة وماء ميزاب ومرور إلخ ، فإن سقط أو نزعت ملكيته فهم فيه شركاء حسب أنصبتهم فيه ، وأموال الحكومة على الجميع كل حسب نصيبه .

3 – إن كانوا ساكنين فيه لكن كل له سكن ملك كمن اشترى هواء فوق منزل دورًا واحدًا فأقام سكنه فوق الدور الأول وسكنه ، ثم جاء ثان واشترى الهواء فوق الدور الثاني وبنى سكنه دورًا ثالثًا ، فأصبح البيت مشتركًا بين ثلاثة أشخاص لكن كل له ملكية خاصة بحدود معلومة مميزة عن الأخرى ، فلكل واحد التصرف في دوره كما يشاء من بيع وهبة ورهن إلخ [2] .

وعلى كل واحد تعهُّد دوره وعمارته منفردًا بلا تدخل الآخرين بشرط عدم الإضرار بالشركاء .

فإن اختل الدور الأسفل واحتاج لعمارة لمنع سقوطه وجب على مالكه أن يعمر ما وهن [3] أو يبيع لمن يعمر دفعًا لضرر الأعلى . وعلى ذي السفل التعليق للأعلى

---

(1) جاءت المادة 861 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية بأنه تكون « حصة كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزا في الدار ، وتقدر قيمة هذا الجزء على أساس مساحته وموقعه وقت إنشاء الدار » . وإيجاب التعمير على الشركاء بنسبة حصصهم هو ما قررته الفقرة الثانية من المادة 855 من المشروع السابق الذكر .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

(2) وجاز بيع هواء فوق هواء ، وأولى فوق بناء ، كان يقول المشتري لصاحب أرض : بعني عشره أذرع من الهواء فوق ما تبينه بأرضك . الشرح الصغير (7/3) .

(3) علو الدار التي بين اثنين مملوك سقفه لصاحب الدار لأن عليه إصلاحه ، ورم شعثه ، وبناءه إن انهدم .

حتى يفرغ من إصلاحه ، وقيل : التعليق على رب العلو ، فلو سقط الأعلى فهدم الأسفل أجبر رب الأسفل على البناء أو البيع لمن يبني ليتمكن الأعلى من البناء ، وهكذا حتى يأخذ كل ذي حق حقه .

ولا ضمان على صاحب الأعلى الذي هدم الأسفل بسقوطه ، إلا بشرط الإنذار عند الحاكم ، ومضي مدة يتمكن فيها من الإصلاح . وكذا إن وَهَى الأسفل وخيف بانهدامه انهدام الأعلى فإن الأسفل الذي هُدم الأعلى بانهدامه لا يضمن الأعلى إلا إذا أنذره عند الحاكم ، ومضت مدة يمكن فيها من الإصلاح .

وعلى الأسفل السقف الساتر ، وعلى الثاني عمل السلم إلى ملكه وعلى الثالث عمل السلم من الثاني إلى الثالث ملكه ، ويتبع العرف من إصلاح بئر ومرحاض ومرافق المنزل ، وإلا فعلى الجميع بقدر الجماجم ، وعوائد الحكومة كل حسب نصيبه [1] .

شركة الرحى والطاحون والبئر :

إذا عمر أحد الشركاء الرحى أو الطاحون مثلًا ، وأبى شريكاه من تعميرها معه قبل حكم حاكم عليهما بالبيع أو التعمير ، فالغلة بعد التعمير للشركاء جميعًا بعد أن يستوفي المعمر من الغلة ما أنفق على عمارتها ، فإن أذنا في العمارة أو عمَّر وهما ساكتان فيرجع المعمِّر عليهما بما أنفق في الذمة لا في غلة الرحى أو الطاحون .

وهذا الحكم يسري في كل ما لا ينقسم وملاكه كثيرون (أي فيه شركاء) كحمام وفرن وحانوت وبرج وطاحون [2] .

---

(1) تقدمت الإشارة إلى ما جاء في المادة 855 من توزيع نفقة الإصلاح والتعمير للحوائط المشتركة على الشركاء بنسبة حصصهم ، كما تقدمت الإشارة إلى الأسس الفقهية لذلك ، وما أوجبته المادة 70 ، 754 من مرشد الحيران . ذكر ابن عسكر في إرشاد السالك : يندب إلى إعانة الجار بإعارة مغرز خشبته أو طرحها من جداره ، فإن أطلق لم يكن له نقلها إلا لإصلاح جداره ، ولا يلزمه إعادتها بخلاف تعيين مدة ، وعليه أن يأذن له في الدخول لإصلاح جداره من جهته ، وله فتح روزنة لمصلحة حيث لا يطلع منه على جاره ، وإذا تداعيا جدارًا ولا بينة فهو لمن إليه وجوه الآجُر والطاقات ، فإن استويا فهو مشترك ، فلا يتصرف فيه إلا بإذن الشريك ، فمن هدمه لغير ضرورة لزمه إعادته . فإن انهدم ، فإن أمكن قسمة عرصته وإلا أجبر على البناء معه ، فإن أبى وبنى أحدهما فله منع الآخر من الانتفاع ليؤدي ما ينوبه ، والسقف تابع للسُّفل وعليه إصلاحها لينتفع الأعلى ... إلخ . إرشاد السالك ص 101 ، وراجع الموطأ باب القضاء في المرفق .

(2) الشرح الصغير 192/3 ، 194 .

فإن ترافع الشركاء أو أحدهم وطلب من القاضي أمرهم أو أمر الممتنع بالتعمير معه ، فيقضى على الآبي بالتعمير على حقه أو البيع لمن يعمر .

وأما العين أو البئر ، فمن امتنع عن تعمير عين أو بئر فيقال للشريك : عمر ولك جميع الماء مالم يدفع لك ما يخصه من النفقة . فإن لم يدفع فالماء للمعمر ، ولو زاد على ما أنفق ، وقيل : له من الماء قدر ما أنفق .

وجوب ترك مسافة للمزروعات :

الشجر على أنواع وحكمه مختلف :

1 - شجر يراد لظله وخشبه : وهو شجر يعمِّر كثيرًا فتمتد أغصانه فيستظل به الناس ، وتمتد جذوعه الأرضية لمسافات بعيدة والأرض التي يعمها ظله أو تنفذ إليها جذوره لا تصلح فيها زراعة ؛ لأنه يحجب الشمس والهواء عن سطح الأرض ويأكل نخاع الأرض فلا يترك غيره يعيش إلا هزيلًا لا يرجى منه نفع ، وذلك كشجر الجميز واللبخ والتوت والصرو والكافور إلخ ، فإذا زرع جار مثل هذا الشجر في حدود ملكيته بينه وبين جاره فللجار الحق في رفعه للحاكم ؛ فيقضي بالإزالة مادام الضرر محققًا منها في الفروع أو الجذور . فإن كانت قديمة وامتدت جذوعها أو فروعها في ملك الجار قضى بقطع الفروع أو الجذور من ملك الغير (الجار) متى حصل الضرر ، فإن كانت الشجرة نفسها قديمة فلا يقضى بقلعها . والضرر كما يكون لأرض الجار المعدة [1] للزراعة كذلك يكون لبستانه أو لبيته أو لملكه أيًّا كان .

2 - شجر يراد لثماره : أما شجر الثمر كالموالح والتين والجوافة إلخ فمثل هذه الأشجار لا تعمر كثيرًا فيجب عند زرعها في الحدود أو قريبًا من أرض الجار ترك ما لا يمكن لمثل هذا الشجر أن يتعداه من الأرض أو الظل فإن لم يراع هذا وتسبب عنه أذى للجار أمر القاضي بقلعه متى تحقق له الضرر ، فإن سقطت ثمار هذه الأفرع المتعدية إلى الجار في ملك الجار فليس له أكلها إلا بإذن صاحبها .

حق الارتفاق المخصص للري أو إصلاح الأرض : يجوز لكل مالك يريد سقى أرضه من ماء طبيعي أو صناعي أن يمر بقناة ماء في الملكية الفاصلة بين حقله والماء ،

---

(1) في الأصل : [المعدة] .

فإن كان الحقل الفاصل وُجد وعُمر أولًا (يعني كانت ملكيته سابقة على الحقل البعيد عن الماء) فيجب على من يريد الماء أن يعوض صاحب الأرض المتوسطة بينه وبين الماء عن قيمة مجرى الماء [1] ، وإن كان الحقل البعيد عن الماء وجد وعمِّر أولا ومر الماء قبل تعمير المتوسط وملكيته لمالكه فهو حق ارتفاق يبقى على حالة الأرض كما وجدها الثاني ، بلا تعويض ؛ لأن المفروض أن البعيد أحيا أرضه ، وخط لها قناة ماء أو صرف قبل أن تعمر الثانية فقد ملكها .

ولا يعفي من حق الارتفاق هذا في الماء الجنات ولا المنازل ولا الحيشان ؛ لأن الحاجة الطبيعية لما يعيش به الإنسان والزرع وهو قوام حياته يجب أن تراعى ، وتمنح على حساب الجار بما لا يضره مع دفع التعويض ، وفي هذا عدل وأي عدل .

وأما إقامة السد للري برفع الماء للشط ليعم أرضًا مرتفعة فهو جائز بشرط عدم الضرر بالغير . فإن أمكن توصيل الماء للأرض المرتفعة بنحو آلة كساقية مثلًا أو منطال ، وكان سد الماء يمنع الغير من الانتفاع ولو قليلًا حرم ذلك ومنع . فإن فعل وأضر تحمل الفاعل ضرره . والجاري عليه العمل بأرض مصر أن كل مجرى ماء ينتفع منه كثيرون مقسم إلى مناطق ، وفي نهاية كل منطقة سد بقنطرة تقفل ، فلا ينزل من مائها شيء للخلف فإذا جاء دور منطقة مثلا .

(1) قفلت جميع الفِتَح ما عدا فتح ومراوي حرف :

(أ) وهكذا في حرف .   (ب) إلخ .

وأما الصرف لإحياء الأرض الضعيفة ، فيجوز لذي أرض سبخة أو ضعيفة تقويتها وغسلها بالماء أو زيادة خصبها بغمرها بالماء مدة ثم صرف مائها الكدر المالح في

---

(1) يتفق الحكم بإيجاب التعويض عن قيمة مجرى الماء مع ما جاء في المادة 813 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، ونصها : يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه ، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عام ، بشرط أن يعوض عن ذلك مقدمًا » ، وتتفق هذه المادة مع كل من المادة 1058 من التقنين العراقي والمادتان 1298 – 1300 من التقنين الأردني . وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 45 من مرشد الحيران على ما يأتي : « إذا كان لأحد مسقي جار بحق في أرض آخر ، فليس لرب الأرض أن يمنعه عن إجرائه في أرضه » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

مصرف يمر من أرض الجار إلى مصرف عام أو أرض فضاء ، وعلى صاحب هذه الأرض الضعيفة تعويض من مر مصرفه من أرضه إذا لم يكن مصرفًا عامًّا [1] .

وتدخل المساكن والحيشان والبساتين ؛ لأنه لا فرق بينها وبين غيرها في حق الارتفاق [2] .

بند [65] النظر والنور المترتبان على ملكية الجار

القانون الفرنسي : الفرق بين حق النظر وحق النور أن النور يكون بفتح كوة في حائط لحجرة لإدخال النور في الحجرة ، وأما حق النظر فهو التمتع برؤية المناظر واستقبال الهواء من ملكية الغير . فالنور أقل مضايقة من حق النظر للغير (الجار) .

فلا يجوز لأحد الجارين إحداث كوة للنظر ولا للضوء في الحائط المشترك الحاجز بينهما بدون إذن الآخر . ويجوز لمالك حائط في ملكه على الحد الفاصل بين جاره أن يحدث كوة للنور فيها بشرط أن يوضع بالكوة شباكٌ بعصي حديد وبه زجاج أعمى لا يمكن رؤية ما بعده ، ولا يمكن فتحه ، وأن تكون الفتحة تحت السقف بـ 26 ديسيمترًا .

أما فتح كوة أو شباك أو بلكونة في حائط ليست شركة فإن كان النظر فيها للأمام من غير انحناء يمينًا أو شمالًا أو أعلى أو أسفل ، فلا يجوز فتحها على ملك الغير إلا إذا كان بين الحائط المراد الفتح فيها وبين الملكية المجاورة بعدًا 19 ديسيمترًا ، وإذا كان النظر فيها معوجًا بحيث يحتاج إلى انحناء أو ارتفاع فلا يجوز فتحها إلا إذا كان البعد 6 ديسيمترًا .

---

(1) قال ابن عسكر من أحيا مواتا غير مملوكة فهي له فإن عاد بائرًا فلغيره إحياؤه ، ويقف ما قارب العمارة على إذن الإمام . والإحياء بشق الأنهار ، واستخراج العيون والآبار والغرس ، والتحجير ونحو ذلك . إرشاد السالك ص 110 .

(2) لعل حادثة الضحاك بن قيس ، ومحمد بن مسلمة مما يوضح دليل الحكم بذلك ، حيث ساق الضحاك خليجًا له من العريض فأرادوا أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى ، فقال الضحاك أنت تمنعني وهو لك منفعة ... ثم كلم فيه عمر بن الخطاب فأبى فقال عمر والله ليمرن ولو على بطنك ، وكذلك حديث عمر بن يحيى المازني عن أبيه قال كان في حائط جدي ربع لعبد الرحمن بن عوف فأراد أن يحوله إلى ناحية الحائط فمنعه صاحب الحائط فكلم عمر بن الخطاب فقضى لعبد الرحمن بتحويله .

بداية المجتهد جـ 2 ص 315 ، تنوير الحوالك جـ 2 ص 121 .

سابعًا : بلاعة السطوح :

كل مالك يجب عليه ترتيب ماء السطوح المتساقط من المطر في مواسير تصل إلى الشارع العام أو في مجرى في الأرض ، وهو ممنوع من تركه يمر على ملكية جاره .

ثامنًا : حق المرور :

يجوز لأي مالك أن يطلب من مالكٍ آخرَ جارٍ له ممرًا يخترق ملكه ليوصله إلى الطريق العام في الحالتين :

1 - حينما تكون ملكيته محاطة بملك الغير ليس لها أي منفذ .

2 - حينما يكون للملكية منفذ واحد لا يكفي لاستغلالها زراعيًا أو صناعيًا .

وحق طلب الممر لا يسقط بمضي الزمن . ويجب أن يكون الممر في الجهة القريبة من الملكية المطلوب لها والقريب من الطريق العام ، وفي المكان الأقل خسارة على الأرض الممرور فيها .

وإذا كانت الإحاطة بالملكية المطلوب لها الممر نتجت عن بيع أو قسمة أو مبادلة أو أي عقد فالممر يجب أن يكون في الأرض التي كانت موضع هذا التعاقد إلا إذا كان ممر واحد لا يكفي ، فتطبق القاعدة الأولى ويطلب الممر من الأرض المجاورة .

ومكان حق الارتفاق هو مكان المرور الذي يستعمل . وطريقة استعمال هذا الحق تكون بالمرور بالقدم أو بالماشية أو بالعربات حسب الاتفاق الودي أو قرار المحكمة .

ويمكن أن ينتج هذا الحق بمضي ثلاثين سنة مستعملًا بدون انقطاع .

حق الارتفاق بالمرور : يجب أن يعوض مالك الأرض التي يمر فيها بنسبة ما أصاب هذه الأرض من الضرر . وفي حالة عدم الاتفاق على التعويض تفصل فيه محكمة دائرة الأطيان ، ويسقط حق التعويض بمضي ثلاثين سنة تبدأ من تاريخ استعمال الطريق كحق ارتفاق قانوني [1] .

---

(1) انظر : البنود من 675 إلى 685 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الرابع من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 151 : 153 .

بند [66] النظر والنور

التشريع الإسلامي : الحائط المشترك بين جارين لا يجوز لأحدهما فتح طاقة فيه بغير إذن الجار الآخر . فإن خالف الجار ، وفتح كوة يقضَى عليه بسدها ؛ لأن حق استعمال الشيء المشترك يتوقف على الإجازة من ملاكه .

وأما الحائط المجاور لأرض الغير فيجوز لصاحبها فتح طيقان عالية بحيث يحتاج كشف الجار منها إلى صعود على سلم ونحوه [1] . فإن كانت غير عالية لا يصعد إليها على سلم وكان يتراءى منها الوجوه لا الزرع ولا الحيوان ، ولم يمض على فتحها عشر سنين قُضي بسدها وإزالة كل أثر لها من عتبة وسقف وعمالات ؛ فمتى كانت الطاقة عالية ، وكان لا يتراءى منها الوجوه ولم تمض عشر سنين جاز فتحها في ملكه المجاور لأرض الغير . فإن تراءى منها الحريم ، وما في معناه قضي بسدها ولو في ملك صاحبها [2] .

والشرع الإسلامي - خصوصًا الإمام مالك - لا يرى مانعًا من الاحتياط ، وهو أمر فاتح الكوة في ملكه أن يعميها بأن يضع فيها زجاجًا ثابتًا أعمى لا يمكن رؤية ما بعدها ، ولا يمكن فتحه . وليأمن الجار من ناحية هذه الكوة يجب وضع حديد فيها بحيث لا يمر منها أحد ، وإن هذا ونحوه من باب سد الذرائع [3] .

---

(1) يتفق ذلك مع منصوص المادة 821 من القانون المدني المصري ونصها : « لا تشترط أي مسافة لفتح المناور ، وهي التي تعلو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتاد . ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور . ويتفق حكم هذه المادة مع ما جاء في المادة 821 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ومع ما يقرره الفقه الإسلامي . فقد نصت المادة 1203 من المجلة العدلية على ما يأتي : « إذا كان لواحد شباك فوق قامة الإنسان ، فليس لجاره أن يكلفه سده لاحتمال أنه يضع سلمًا وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار » . ونصت المادة 62 من مرشد الحيران على ما يأتي : « ... فإن كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قامة الإنسان ، فليس للجار سده » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

(2) قال ابن عسكر : يندب إعانة الجار باعارة مغرز خشبه أو طرحها في جداره ، وله فتح روزنة لمصلحة حيث لا يطلع منه على جاره ، ثم قال : وله تعلية جداره بشرط الامتناع في الاطلاع . إرشاد السالك ص 101 المعونة 1199/2 المدونة 378/4 تنوير الحوالك 122/2 .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 819 من القانون المدني المصري ، والمادة 819 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . ويتفق ذلك مع ما هو منصوص عليه في الفقه الإسلامي ، فقد نصت المادة 62 =

وليست مسألة حفظ حق الجوار منحصرة في فتح شباك أو عدم فتحه ، وإنما ذلك مَثَلٌ مما يجب من حسن الجيرة ؛ فقد نص السادة المالكية وغيرهم بأنه يقضى بإزالة ما ضر الجار من دخان كحمام وفرن أُحْدثت وحانوت لدق البن أو للطبخ أو الحدادة أو لبياض النحاس ، وبإزالة رائحة كريهة كدباغ ومذبح ومسمط ومرحاض وبئر ورحى وإصطبل أحدثت بجنب جدار الغير ، وثبت منها الضرر بالفعل .

بل ويقضى بهدم بناء في طريق يمر فيه الناس ، ولو لم يضر لعدم أحقيته في ذلك . وقُضي بقفل حانوت أُحدث قُبالة باب ، ولو بسكة نفذت .

واختلف مجتهدو المذهب فيما يمنع النور والشمس وريح الجرن فهل يقضى بمنعه أولا يقضى بذلك ؟ والأولى ترك الأمر لتقدير القاضي فإن رأى أن ما يمنع ذلك خفيف لا ضرر فيه على الصحة أو غيرها أجاز ، وإن رأى أن في ذلك ضررًا يجب دفعه عن الجار منع ذلك .

ولا يجوز منع الجار من تطاوله ببنائه على جاره إنما يمنع من الضرر كالتطلع على جاره بالإشراف من العلو الذي بناه ، ولا يمنع فرن قرب فرن ولا حمام قرب حمام ولا طاحون قرب طاحون ؛ لأن التزاحم في مثل هذا للمصلحة العامة ، وإن كان فيه ضرر للقديم . ولكن تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، ولا يمنع باب حدث قُبالة باب آخر في سكة ولو كانت مسدودة .

وأما بلاعة السطوح أو ماء الميزاب : فإما أن يصب في ملك صاحب الدار أو في أرض الفيافي (داير الناحية) أو حريم البلد أو في الشوارع العامة بجوار جدار صاحبه ، ولا يضر بجاره وفي هذه الأحوال ليس لأحد منعه من ذلك ، فإن كان يصب في ملك الجار أو بجوار جدار الجار ، أو بجوار جدار صاحبه في الشوارع العامة ، ولكنه مضر بالجار فإنه يُقْضَى بمنعه من ذلك ، وهذا عند عدم تنظيم المدن

= من مرشد الحيران على ما يأتي « رؤية المحل الذي هو مقر للنساء يعد ضررا فاحشا . فلا يسع إحداث شباك أو بناء يجعل فيه شباكا للنظر مطلا على محل نساء ساتر ، فإن كان الشباك المحدث مرتفعًا فوق قامة الإنسان فليس للجار طلب سده » . وفي هذا المعنى أيضا المادتان 1202 ، 1203 من المجلة .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 324) .

أو القرى . فإن كانت لها أوامر تنظيم بأن كان بها مجاري وجب على صاحب المنزل اتباعها ، يعني العمل على إسالة الماء في هذه المجاري [1] .

حق المرور : للمالك الذي لا طريق توصله لملكه طلب طريق لذلك ، على أن يدفع ثمنها لصاحب الملكية التي يمر منها ، على أن تكون في مكان أقل ضررًا ، وأقل بعدًا عن الطريق العمومي ؛ لأنها ضرورة تقدر بقدرها فقط .

وحق المرور تكتسب ملكيته بالحيازة الشرعية عشر سنين ، مع حضور صاحب الأرض وسكوته بلا مانع شرعي وهي ككل الملكيات .

ومن لهم حق تطرق بإجارة أو إرفاق في أرض الغير لأرض مشاعة بينهم ، واقتسموا الأرض التي لها حق التطرق ، فإن لهم الحق المذكور شائعًا بينهم كما كان قبل القسمة (وهو حق التطرق) .

وحق السقي والصرف والتطرق لا ينقطع ببيع الأرض التي عليها حق الارتفاق المذكور ولا التي لها الحق [2] .

بند [67] حق الارتفاق المرتب من أشخاص

القانون الفرنسي : حقوق الارتفاق المرتبة من الإنسان هي التي لم تنتج لا من الحالة الطبيعية للأمكنة ، ولا من ترتيب القانون ، ولكن من عمل مالك عقار مخدوم وعقار خادم ، وقد قيد القانون منح حق الارتفاق المذكور بقيدين :

الأول : ممنوع ترتيب حق ارتفاق مخالف للقانون العام ، وهي قاعدة عامة لكل اتفاق .

الثاني : حق الارتفاق لا يمنح إلى شخص ولا لمصلحة شخص ، ولكنه يمنح لملكية على ملكية .

---

(1) قال الخرشي 68/7 : « حريم الدار المحفوظة بالموات ما يرتفق به أهلها من مكان يطرح فيه ترابها ويسيل فيه ماء حياز بها . والدار المحفوفة بالأملاك ليس لها حريم خاص بها ، فلكل واحد من السكان أن ينتفع بالحريم الذي بإزاء داره مالم يضر بجيرانه » .

(2) نص فقهاء المالكية على أن لذي جدارين على جانبي الطريق اتخاذ ساباطٍ وإشراع أجنحة لا تضر بالمارة ، ولا يجوز أخذ شيء من السايلة والناس مشتركون فيها في الاستطراق . إرشاد السالك ص 101 ، تنوير الحوالك جـ2 ص122 باب القضاء في المرفق .

ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة أبحاث :

(1) كيف يترتب حق الارتفاق .

(2) الحقوق الناتجة من ترتيب حق الارتفاق .

(3) كيف يتلاشى حق الارتفاق .

أولًا : كيف يترتب حق الارتفاق بحجة قانونية وبمضي الزمن وبتخصيص أب العائلة .

(1) بالحجة : الحجة التي ترتب حق الارتفاق هي كل عمل قانوني تكون نتيجته تحقيق حق الارتفاق كبيع وهبة ووصية .

وتترتب جميع أنواع حق الارتفاق بالحجة القانونية فهي أشمل سبب لذلك . ولصحة ترتيب حق الارتفاق يجب أن يكون مرتب هذا الحق مالكًا للعقار المرتب عليه الحق وقت الترتيب . ومع ذلك فالمالك بشرط موقف له ترتيب هذا الحق تبعًا لحقه في الملكية بشرطه . والشريك له ذلك على أن يكون نصيبه الذي يخرج له في القسمة هو المتحمل لحق الارتفاق والمنتفع مدة انتفاعه له وينتهي بنهاية استغلاله . ويجب في مرتب الحق أن يكون أهلًا للبيع ؛ لأن حق الارتفاق بعض من ملكية العقار ؛ فليس للمرأة المتزوجة بنظام المهر أن ترتب حق ارتفاق على عقار المهر ولو بإذن زوجها .

تسجيل العقود المرتبة لحق الارتفاق : وبما أن ترتيب حق الارتفاق على عقار ينقص قيمته ، ويتعين معرفة ذلك سواء لصاحب الحق قَبِلَ الآخرين أو لمن يريد مشترى العقار أو الراهن أو الدائن أو غير ذلك ؛ لذلك وجب أن تكون عقود ترتيب حق الارتفاق علنية ، وعلنيتها تأتي من تسجيلها . فيجب تسجيل كل عمل قانوني يرتب حق ارتفاق . وكل حكم يثبت حق الارتفاق باتفاق شفوي ، ودليل ترتيب حق الارتفاق يكون طبيعيًّا كبقية الادعاءات القضائية .

(**ب**) **بمضي الزمن** : لم تكن كل العوائد متفقة على حق الارتفاق بمضي المدة ، فوضع القانون المدني قبول مضي المدة من أسباب ترتيب حق الارتفاق بشرط أن يكون مستمرًّا وظاهرًا .

فحق الارتفاق الظاهر والمستمر يتملك بمضي المدة بشرط أن يكون وضع اليد

مستكملًا لشروط التملك في الملكية خصوصًا نقص الإرادة أو التوقيت ، وإلا لما أنتج مضي المدة تملك حق الارتفاق . ويشترط مرور ثلاثين سنة فقط على وضع اليد لا حسن نية ، ولا حجة قانونية ، فإذا كان وضع اليد ليس مستمرًا ، وليس ظاهرًا فلا يفيد في تملك حق الارتفاق بمضي المدة .

(جـ) بتخصيص أب العائلة (يعني المالك) ، ويتحقق هذا التخصيص بملكية شخص واحد لعقارين متجاورين أوجد بينهما ما يحقق حق ارتفاق أحد العقارين على الآخر ، فما دام المالك لهما واحدًا فلا ارتفاق لانعدام شرط تعدد المالك . ومتى باع أحد العقارين بماله وما عليه ، والمشتري لم يشترط ما يمنع هذا الارتفاق ، أصبح هذا الحق ثابتًا ، وكأن المشترى رضي به ضمنًا فلا حق له في منعه بعد ذلك .

وأسس هذا الحق المكونة له شيئان :

1 - يجب أن يكون العقاران المتفرقان الآن قد كانا في ملك شخص واحد .

2 - يجب أن يكون مالك العقارين هو الذي أوجد هذه الحالة التي نتج عنها حق الارتفاق .

الحقوق التي تنتج عن ترتيب حق الارتفاق : لمالك العين صاحبة حق الارتفاق كامل الحق في استعمال حقه حسب العادة بشرط عدم زيادته ولا الإضرار بالعين المرتب عليها هذا الحق ، وعلى مالك العين المرتب عليها حق الارتفاق ترك صاحب الحق يستعمله بدون وضع عراقيل في طريقه .

دعاوى صاحب الارتفاق

له حق رفع ثلاث دعاوى :

(1) دعوى اعتراف بحقه في الارتفاق ضد من أنكره عليه .

(2) دعوى وضع اليد ترفع على معارض صاحب حق الارتفاق على العين الخادمة .

(3) دعوى نفي حق الارتفاق ترفع من مالك عقار على مدعي حق الارتفاق لإثبات أن عقاره ليس عليه أي حق للغير وهو حر من كل قيد [1] .

---

(1) انظر : البنود من 686 إلى 702 ، في الباب الثالث من الكتاب الرابع من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 153 : 157 .

بند [68]

التشريع الإسلامي : حق الارتفاق المرتب من الأشخاص هو ما صدر بمحض اختيار صاحب الملكية الخادمة ، وصاحب الملكية المخدومة .

وقد اصطلح الفقهاء على تسمية استعمال عقار لمصلحة عقار آخر (حق ارتفاق) ، ويجب فيه ككل اتفاق ألا يكون مخالفًا للنظام العام ، ولا لقواعد التشريع الإسلامي . وأما العقد الذي يرتب خدمة شخص لآخر أو لعقار مثلًا فهذا عقد خدمة إيجار أو مزارعة ، وليس (حق ارتفاق) .

ويصح أن يترتب حق الارتفاق بتعاقد صحيح بين الطرفين ، وبمضي الزمن ، وبتخصيص المالك نفسه المسمى (أب العائلة) .

أولًا : الاتفاق بتعاقد صحيح يفيد ملكية حق الارتفاق بأي عقد يفيد التملك كبيع وهبة وإعارة إلخ ، وقد يكون الاتفاق مؤقتًا بمدة معينة ، ومدى الحياة ومؤبدًا كما إذا كان في وقف مثلًا . وتمليك حق الارتفاق تمليك لمنفعة على عقار ، ومن يملك تمليك المنفعة يملك تمليك الذات غالبًا ، فيجب أن تتحقق شروط صحة العقود العامة في الطرفين : البلوغ والرشد والملك لحق الارتفاق محل العقد ، وإن كان يصح من الفضولي ، ولكنه موقوف على إجازة المالك . وترتيب حق الارتفاق من المالك بشرط يسري عليه شرط البائع المقيد للبيع على خلاف سبق إيضاحه في الملكية بشرط ملغ [1] .

وترتيب حق الارتفاق من شريك لم تتميز حصته باطل للغرر ، لجواز أن يقع حق الارتفاق في غير حصته عند القسمة؛ ولأنه لا يجوز للشريك أن يتصرف في العين المشتركة بدون إذن شريكه ، وأما إلزامه بحق الارتفاق بعد القسمة متى وقع في نصيبه فهذا ابتداء اتفاق لا عملًا بالاتفاق السابق ؛ لأن العمل الباطل لا ينقلب

(1) ذكر ابن عسكر في إرشاد السالك كتاب الإحياء فصل الارتفاق : ويندب إعانة الجار بإعارة مغرز خشبة أو طرحها من جداره ، فإن أطلق لم يكن له نقلها إلا لإصلاح جداره ، ولا يلزمه تعين المدة . اهـ .

أما الإجارة ففي التاج والإكليل أنها : بيع منافع معلومة بعوض معلوم ، وهي معاوضة صحيحة يجري فيها ما يجري في البيوع من الحلال والحرام .

إرشاد السالك ص 100 ، التاج والإكليل للمواق جـ 5 ص 389 ، تنوير الحوالك شرح الموطأ جـ 2 ص 122 .

صحيحًا ، فإن قبله مرتبه بعد القسمة على نصيبه فهو إعطاء حق ارتفاق جديد .

ومن له حق الانتفاع له الحق في ترتيب حق الارتفاق فيما يدخل في حدود انتفاعه ، لا ما كان خارجًا عنها فمن له حق الانتفاع ببستان يصح له سقي زرع جاره من بئر هذا البستان ، لكن ليس له ترتيب حق المرور ولا حق فتح باب أو شباك في نفس هذا البستان في حائط مشترك مثلًا ، وما رتبه في حق الارتفاق فيما هو في حدوده مقيد بزمن انتفاعه فقط ، ولا يتعدى ذلك إلى إلزام المالك بشيء .

لكن لو تصرف من له حق الانتفاع بترتيب حق ارتفاق فيما ليس داخلًا في حدود ارتفاقه ورآه المالك ، وسكت مع قدرته على التقاضي والمحافظة على حقوقه بلا عذر ، ومضت مدة الحيازة الشرعية فقد أصبح هذا الحق لزامًا لمالك الأرض الخادمة ؛ لأن العقار ، والحقوق المترتبة عليه من حقوق ارتفاق يتملك بمدة الحيازة الشرعية كما سبق بيانه في بابه .

ويجوز للمرأة المتزوجة ترتيب حق الارتفاق على أملاكها ، وقبول حق الارتفاق لأملاكها بلا إذن أحد ، ولا زوجها ما دامت بالغة رشيدة لا حجر لأحد عليها .

وبما أن ترتيب حق الارتفاق يثقل حق الملكية المرتب عليها الحق ويقلل منفعتها ، وبما أن كثرة تشابك الناس في المصالح يقضي بالحيطة في معاملتهم ، وإدخال الطمائنينة عليهم فيما يتعاقدون ، وبما أن الغش والخديعة قد كثرا إلى حد أن ولي الأمر قد أوجب تسجيل العقار على كل مشتر أو راهن أو ذي حق مرتب على عقار مثلًا لهذا وإن كان حق الارتفاق يثبت بالبينة الشرعية فإنه يجب تسجيله .

ثانيًا : بمضي الزمن : إن العقار وما يتبعه من حقوق يصح تملكه بمضي الحيازة الشرعية ، بمعنى أن من حاز أرضًا واستعملها كمالكها استعمالًا ظاهرًا أمام أعين الناس ، وكان مدعي ملكية هذه الأرض حاضرًا بالبلد عالمًا بوضع اليد والتصرف في الحائز ، وكان متمكنًا من رفع الأمر للحاكم بلا عذر شرعي ، ومضى على ذلك عشر سنين إذا كان أجنبيًا من واضع اليد ثم جاء يرفع الأمر للحاكم بعد مضي الحيازة طالبًا الحكم له بملكية هذه الأرض فلا تقبل له دعوى ولا بينة ، وليس معنى هذا أنه تملك حقيقة بينه وبين ربه . كلا ، فإن كان يعلم حقيقة دعوى

خصمه ، وأنه على حق ، وجب عليه رد الأرض لصاحبها ، ولو بعد الحكم [1] . لأن الحكم لا يحل حرامًا ، ولا يحرم حلالًا [2] .

فلو فتح شخص شباكًا على ملك الآخر في حائط مشترك مثلًا أو غير مشترك ، ومضى على فتحها عشر سنين ، أو فتح دكانًا قبالة باب في سكة - ولو مسدودة - ومضى عشر سنين ، فقد أصبح حق فتح الشباك على ملك الغير ، وفتح الدكان قبالة بابه حقًّا مكتسبًا من حقوق الارتفاق المكتسبة بمضي مدة الحيازة الشرعية [3] .

وجميع شروط الحيازة الشرعية وقيودها تسري هنا بلا فارق ؛ لأن العقار والحقوق المترتبة عليه سواء في الحيازة الشرعية . ومعلوم مما سبق في الحيازة الشرعية أن عدم الاستمرار في وضع اليد واستعمال حق الارتفاق وأن حق الارتفاق غير الظاهر لأعين الناس ، وأن وضع اليد اغتصابًا إلخ لا يفيد ملكية حق الارتفاق [4] .

---

(1) قاعدة : حكم القاضي لا يحل حرامًا ، ولا يحرم حلالًا .

(2) الرهوني : لا يعرف نص خلاف في المذهب المالكي في أن من اشترى مواتًا أو اختطه لا يزول ملكه عنها بتركه إياه حتى يعود لحالته الأولى . حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 7 ص 97 ، وانظر إرشاد السالك ص 101 والاستذكار لابن عبد البر جـ 22 ص 210 وما بعدها .

(3) قال الدردير : إن حاز أجنبي غير شريك في الشيء المحوز عقارًا ، والحيازة وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه ، والتصرف فيه بهدم أو بناء أو هبة ، ثم ادعى على الحائز ساكت بلا مانع له من التكلم عشر سنين لم تسمع دعواه ولا بينته . الشرح الصغير الدردير جـ 4 ص 68 .

(4) يتفق النظر إلى اكتساب حق الارتفاق بالحيازة المشروعة وعدم اكتسابها بأوجه التعدي مع ما جاء في المادة 1016 من القانون المدني المصري والمادة 1019 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونص المادة 1016 من المدني المصري :

1 - حق الارتفاق يكسب بعمل قانوني أو بالميراث .

2 - ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة .

أما المادة 1019 من المشروع فجاء نصها : يكتسب حق الارتفاق بالتصرف القانوني أو بمقتضى الحيازة عند عدم سماع الدعوى . ومن الواضح أن أسباب كسب حق الارتفاق هي أسباب كسب الملكية ابتداء وليس انتقالًا من مالك سابق ، وذلك فيما عدا ما لا يتفق من هذه الأسباب مع طبيعة حق الارتفاق ، وبذلك يخرج من هذه الأسباب الاستيلاء والالتصاق ، لأنهما لا يتفقان مع طبيعة حق الارتفاق ، كما تخرج الشفعة والميراث لأنهما سببان لكسب الملكية انتقالًا ، فلا يصح أن ينتقل بهما حق الارتفاق مستقلًا بذاته ، بل ينتقل مع العقار المرتفق باعتباره حقا تابعًا له ، ويبقى بعد ذلك التصرف القانوني أي العقد والوصية ، والحيازة عند عدم سماع الدعوى . وينبغي الالتفات إلى التفريق بين معنى الظهور في الارتفاق ومعناه في الحيازة . فالارتفاق =

ثالثًا : تخصيص المالك الواحد : يتحقق هذا في ملك شخص حقيقي أو معنوي لمساحات كبيرة من العقار معرضة للبيع قطعًا وأجزاء بعد إصلاحها ، وترتيب حق ري أو صرف أو مرور أو مسقط نور أو ملقف هواء مثلًا بين أجزائها ، فإذا باع قطعة أرض أو منزل لشخص آخر ، ولم ينص على إلغاء هذه الحقوق أو اشترط المشترى حفظ هذه الحقوق ثابتة (حق ارتفاق) للعين المبيعة [1] فإن باع القطعة التي تليها وهكذا بقيت هذه الحقوق ثابتة لا يعارضها أحد .

= الظاهر هو الذي تدل عليه علامة خارجية . أما الحيازة الظاهرة فهي التي يباشر الحائز فيها الأعمال المادية للحيازة على نحو تكون فيه ظاهرة للجمهور . ومن ثم قد يكون الارتفاق غير ظاهر ، ومع ذلك تصح حيازته حيازة ظاهرة ؛ فحق الارتفاق بالمرور قد يكون غير ظاهر ، وذلك إذا لم يكن الطريق مخططا ، ولم تكن هناك علامة خارجية أخرى تدل عليه ، ومع ذلك تكون حيازته ظاهرة غير مشوبة بعيب الخفاء إذا كان الحائز يمر علنا على نحو ظاهر للجمهور ، وحق اغتراف المياه ارتفاق غير ظاهر ، ومع ذلك يمكن أن ترد عليه حيازة غير خفية إذا كان الحائز يغترف المياه بشكل ظاهر وعلني . كذلك لا يكفي لتبرير اشتراط الظهور في حق الارتفاق أن يقال إن هذا الحق يقتضي ظهورا أوضح ، لما فيه من دقة ولما قد ينطوي عليه من خفاء . إذ إن ممارسة الأعمال المادية للحيازة بشكل ظاهر وعلني تكفى لمواجهة ما قد ينطوي عليه الارتفاق من خفاء . ويتفق ذلك مع ما تضمنته المادة 1272 من التقنين العراقي . والمادة 1272 من التقنين الأردني .

وتتفق أحكام المادة مع أحكام الفقه الإسلامي : فقد نصت المادة 216 من المجلة العدلية على ما يأتي : « يصح بيع حق المرور وحق الشرب والمسيل تبعا للأرض والماء تبعا لقنواته » ونصت المادة 1224 من هذه المجلة على أنه : « يعتبر القدم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل ، يعني ترك هذه الأشياء وتبقى على وجهها القديم الذي كانت عليه لأن الشيء القديم يبقى على حاله على حكم مادة 6 ولا يتغير إلا أن يقوم الدليل على خلافه . أما القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له ، يعني إذا كان الشيء المعمول غير مشروع في الأصل فلا اعتبار له وإن كان قديما ، ويزال إذا كان فيه ضرر فاحش (راجع مادة 27) مثلًا إذا كان لدار مسيل قذر في الطريق العام ولو من القديم وكان به ضرر للمارة ، فإن ضرره يرفع ولا اعتبار لقدمه . ونصت المادة 47 من مرشد الحيران على ما يأتي : « حق الشرب يورث ويوصى بالانتفاع به ، ولا يباع إلا تبعا للأرض كحق المسيل ، ولا يوهب ولا يؤجر » ونصت المادة 48 من المرشد على أن : « القديم يبقى على قدمه في حق المرور والمجرى والمسيل ، ما لم يكن غير مشروع من أصله ، فإن كان كذلك فلا اعتبار له ، ويزال إن كان فيه ضرر بين . فإن كان للدار مسيل قذر في الطريق العام وكان مضرا بالعامة يرفع ضرره ولو كان قديمًا ولا يعتبر قدمه . ونصت المادة 51 على أنه : « من كان له مجرى أو سياق ماء جار بحق قديم في مالك شخص أخر ، فليس لصاحبه منعه » ونصت المادة 52 على أنه :

« إذا كان لدار مسيل مطل على دار الجار من القديم ، فليس للجار منعه » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع) .

(1) في الأصل : [المباعة] .

والجاري عليه العمل الآن في القطر المصري أن تأتي شركات الاستغلال المساهمة (كشركة مساهمة البحيرة ، وشركة الاتحاد العقاري مثلًا) فتشتري أطيانًا بورًا غير مصلحة فتشق فيها مصارف وجداول لماء الري (ترع) ثم تصلحها بتسوية العالي في الأسفل ، ثم تملؤها ماء عدة مرات ، ثم تحرثها وتعيد عليها الماء فتغسلها من الأملاح ويترك ماء النيل فيها رواسبه فتحيا ، وتزرعها ثم تبيعها قطعًا فدانًا أو خمسًا أو عشرًا حسب إرادة المشتري ، وتشترط في عقد البيع طرق الري والصرف القائمة وقت البيع بلا تغيير ، فإذا جاء مشتر آخر ، واشترى بجوار المشتَرَي الأول على هذا الوجه ، فهو قابل ما اشترطته لنفسها ثم لمن سبقه بالمشتَرَي . غير أن الشركة تشترط في عقد البيع أن لها الحق إذا احتاجت أن تأخذ مروى أو مصرفًا من الأرض المبيعة [1] بالثمن الذي باعت به ، ويقبل ذلك الشرط المشتري . والذي أراه أن هذا الشرط مناف للملكية المطلقة لجواز امتناع المشترى من إعطاء الشركة مروى أو مصرفًا فلها جبره قانونًا بشرطه الذي باعت به ، والثمن الذي باعت به يتغير من يوم لآخر لظروف اقتصادية عالمية أو محلية فليس لها جبره على الأخذ بهذا الثمن . فمعنى هذا أنها تملك بشرط رد الثمن الذي باعت به ، وهو شرط حتى على فرض جوازه غير محدد المدة ؛ لأنه يبقى دائمًا حقًّا ثابتًا للشركة البائعة . لهذا كان هذا الشرط باطلًا ، وهو ينافي نقل الملكية فيبطل العقد فيكون بيعًا فاسدًا يلزم بفوات المبيع بتغير سوق فيكون صحيحًا بعد هذا . وهذا عمل شائع في عقود الشركات وتعمل به المحاكم المختلطة التي أراح الله مصر منها ، بل والمحاكم الأهلية المدنية وهو غير صحيح ، فحبذا لو تنبهوا إليه وحكموا ببطلانه لحفظوا للناس حقوقهم فهو أحفظ لمصلحة الناس في أملاكهم يتصرفون كما يشاءون [2] .

---

(1) في الأصل : [المباعة] .

(2) لا يوافق المؤلف على بيع القطع التي تبيعها الشركة مع اشتراط أن لها الحق في أن تأخذ مروى أو مصرفًا من الأرض المبيعة بالثمن الذي باعت به ، بحيث تقاس مساحة المصرف أو المروى إذا احتاجت إليه وتنسب مساحته لثمن الشراء بالفدان أو القراريط . ورأيه أن هذا الشرط ينافي مقتضى عقد البيع الذي تنتقل فيه ملكية المبيع كله إلى المشتري ، وللمؤلف الحق إذا استندنا إلى الأحكام التي قدرها الفقهاء في عقد البيع والخاصة بنقل ملكية المبيع للمشتري نقلا مطلقا . غير أنا إذا نظرنا إلى أن هذا النقل قد تم بالفعل ، وأصبح المبيع مملوكًا كله للمشتري ، وأن اشتراط الشركة الحق في مد حق من حقوق الارتفاق مع تعويض صاحب الأرض عما قد يقتطع منها لجاز تصحيح هذا الشرط ، لأنه =

ومتى ترتب حق الارتفاق فليس لمالكه الزيادة عليه ، ويجب استعماله بما لا يضر بمصلحة الآخرين ، وليس لمالك العقار المترتب عليه الحق منعه من استعمال حقه أو التضييق عليه في ذلك .

فإن عارض أحد صاحب حق الارتفاق منكرًا عليه حقه جاز له مقاضاته مدعيًا ، كما يجوز لمالك العين المدعى عليه حق الارتفاق الممانعة في ذلك ، وإثبات عدم أحقية دعوى حق الارتفاق [1] .

بند [69] تلاشي حق الارتفاق

القانون الفرنسي :

أسباب تلاشي حق الارتفاق المنصوص عليها قانونًا ثلاثة :

1 – استحالة استعمال حق الارتفاق فيتلاشى حق الارتفاق متى أصبح استعماله مستحيلًا ، ومع ذلك فيعود الحق متى رجع الشيء المرتب عليه حق الارتفاق ،

= اشتراط لمصلحة الجيران المشترين في المستقبل لقطع الأرض الأخرى ، مما يمكنهم من ري أرضهم أو صرف المياه الزائدة عن حاجتهم . ولهذا نرى – على خلاف ما ذهب إليه المؤلف – الحكم بصحة مثل هذا الشرط ، استئناسا بالقواعد الفقهية القاضية بأنه يغتفر في الجزء وفي التابع مالا يغتفر في الكل والمتبوع . ويتفق هذا الذي اتجهنا إلى الأخذ به مع ما جاء في المواد 1021 و 1022 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمواد 1018 و 1019 مدني مصري و 1274 و 1025 مدني عراقي و 1274 و 1309 مدني أردني و 959 كويتي . وهو في رأينا يتفق مع نظر الفقهاء إلى حقوق الارتفاق ؛ ففي المادة 1192 من المجلة العدلية ما يأتي : « كل يتصرف في ملكه كيف شاء ، لكن إذا تعلق حق الغير به فيمنع المالك من تصرفه ... » كما نصت المادة 58 من مرشد الحيران على أنه إذا تعلق حق الغير بالملك فليس للمالك أن يتصرف فيه تصرفًا مضرًا إلا بإذن صاحب الحق » وفي المادة 19 من المرشد أنه « يجب أن تراعى شروط عقد المتبرع المترتب عليه حق الانتفاع بالنظر لحقوق المنتفع ولما يجب عليه من الواجبات . ولو نظرنا إلى هذا الشرط على أنه وعد بالهبة في مقابل الثواب لكان أقرب إلى تصحيحه . والواجب تصحيح تصرفات الناس ما أمكن إذا لم تخالف أصلًا شرعيًا .

(1) ذكر الزرقاني في شرحه لمختصر خليل أنه لا يعرف نص خلاف في أن من اشترى مواتًا أو اختطه لا يزول ملكه عنه بتركه إياه حتى يعود إلى حالته الأولى .

وذكر الحطاب : وإنما يكون من أحياها ، الثاني ، وهو أحق بها إذا طالت المدة بعد عودها إلى حالتها الأولى ، وأما إن أحياها الثاني بعد عودها إلى الحالة الأولى ، فإن كان عن جهل منه بالأول فله قيمة عمارته قائمة للشبهة ، وإن كان عن معرفة فليس له إلا قيمة عمارته غير قائمة . حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 7 ص 97 ، مواهب الجليل للحطاب جـ 6 ص 3 . الاستذكار لابن بد البر جـ 22 ص 206 وما بعدها . الشرح الصغير للدردير جـ 4 ص 68 ، 69 .

وأمكن استيفاؤه منه .

2 – دخول العقارين في ملك واحد ، فيتلاشى حق الارتفاق لاستحالة ذلك قانونًا .

3 – عدم استعمال حق الارتفاق ثلاثين سنة ، فيتلاشى حق الارتفاق . وتحسب المدة في حق الارتفاق المنقطع من اليوم الذي انقطع فيه الاستعمال . مثلًا في حق المرور من آخر مرة مر بها ، وفي حق الارتفاق المستمر من يوم عمل أي شيء يغاير حق الارتفاق كسد شباك في حق النظر .

متى كانت العين صاحبةُ حَقٍّ الامتياز ملكًا لغير واحد غير منقسمة فلا يسري تلاشي حق الارتفاق الذي يسري على واحد على الآخرين ، لأنه كل لا يتجزأ . فإذا لم يستعمل واحد من الشركاء حقه في ثلاثين سنة ، واستعمله الآخرون فلا يسقط حق الارتفاق ولا جزء منه . وإذا وجد بينهم من لا تسري عليه المدة كقاصر انتفع شركاؤه أيضًا مثله بهذا المانع .

وأسباب التلاشي التي لم ينص عليها القانون لكن جرى العرف القضائي على اعتبارها كذلك :

1 – تنازل صاحب حق الارتفاق يمحو هذا الحق ، ولدائنيه المعارضة متى أضرَّ بهم ، ويجب تسجيله بسجل الرهونات ليعارض الغير .

2 – بحصول نهاية أجل حق الارتفاق متى كان محددًا ، فيتلاشى الحق متى بلغ أجله .

3 – حصول شرط ملغٍ لعقار ترتب عليه الارتفاق مدةَ عدمِ تحقق الشرط ؛ فيلغَى حق الارتفاق كما أُلغِيت الملكية . فإن ملك شخص عقارًا بحجة قانونية ، ونية حسنة وخالية من كل حقوق الارتفاق ، فبمضي عشر سنين أو عشرين سنة تملك حق الارتفاق الذي يدعي به الغير على هذه العين كما يكون في نفس الوقت قد تملك العقار ضد مالكه الحقيقي [1] .

بند [70] تلاشي حق الارتفاق

التشريع الإسلامي : يتلاشى حق الارتفاق متى أصبح استعماله مستحيلا كأن

(1) انظر : البنود من 703 إلى 724 ، في الفصل الرابع من الباب الثالث من الكتاب الرابع ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 157 : 161 .

أخذ البحر العين الخادمة ، فإن عادت عاد معها حق الارتفاق كما كان . ومتى اتحد المالك للعين الخادمة والعين المخدومة فلا يقال : حق ارتفاق ؛ لأنه لاحق ارتفاق في ملك واحد لشخص واحد ، وإلا كان ملتزمًا لنفسه ولا معنى لهذا .

ويتلاشى بعدم الاستعمال أيضًا المدة الطويلة ؛ فمن كان له حق المرور في ملك زيد من الناس ، ومضى على عدم استعماله مدة يقضي العرف فيها بأنها ترك لهذا الحق فيسقط حق المرور ، وكمن ترك عقارًا مدة مر به الناس ، واستعملوه طريقًا لهم فإن كان العرف يقضي بأن الترك المدة الطويلة كعشر سنين يثبت به حق المرور ، فكذلك الترك مدة طويلة يسقط به الحق ؛ لأن معنى الترك وعدم الاستعمال عدم الحاجة إليه والاستغناء عنه ، فلا يصح بقاؤه حتى ولو كان لغير مصلحة . وإن كانت القاعدة أن الملكية لا تزول بالترك أي عدم الاستعمال فملك الرقبة وحق الارتفاق سواء في التملك بوضع اليد المدة الطويلة .

فمن سد شباكًا مثلًا مدة يكفي عرفًا ترك الحق فليس له فتحه ثانيًا بعد مدة ، وخصوصًا بعد عشر سنين ؛ لأن الجار الذي انسد عنه الشباك قد ملك عدم النظر إليه بمضي المدة . وتقدم أن حق الارتفاق لا يتجزأ فإذا كان حق التطرق ملكًا لجماعة ليصلوا به إلى عقارهم ، ثم اقتسموا عقارهم فحق المرور ثابت للجميع بمعنى أنه لو تنازل أحدهم أو ترك الاستعمال بقي حق المرور للباقين بلا نزاع .

وبما أن الارتفاق ككل الحقوق المملوكة فيصح التنازل عنه ممن يملكه . ومتى تنازل عنه تنازلًا صحيحًا شرعيًا فليس له حق الرجوع فيه . وإذا أضر تنازله بدائنيه فلهم الحق في معارضته في ذلك حفظًا لحقوقهم .

وإذا كان حق الارتفاق محددًا بمدة فمتى انتهت المدة بطل الحق . فإن ملك شخص عقارًا بأي وجه شرعي مشترطًا خلوه من حقوق الارتفاق ، ومضي عشر سنين ، وهو يستعملها لنفسه بدون نكير من أحد ثم قام شخص يدعي حق الارتفاق على هذه العين ، وكان حاضرًا بالبلد يمكنه التقاضي ، ولم يحافظ أو يدعي في هذه المدة فلا تسمع دعواه ولا بينته ، وأصبح ملك العين مجردًا عن حقوق الارتفاق .

خلاصة ما تقدم من المقارنة من بند 34 **إلى نهاية بند** 70 .

يتفق التشريعان على ما يأتي :

تعريف حق الارتفاق العيني في المنشأ ، في الشروط ، في حقوق الارتفاق وترتيبها ، في حقوق الارتفاق الناتج عن الأمكنة ، الماء وترتيب استعماله ، ماء المطر ، ماء النبع ، ملكية حق الارتفاق بالحيازة الشرعية ، حق الارتفاق المرتب بالقانون ، الشركاء في السكن الواحد ، وجوب ترك مسافة للمزروعات ، تسهيل الري وغسل أملاح الأرض ، النظر والنور على ملكية الجار ، بلاعة السطوح (الميزاب) ، حق المرور في ملك الغير ، ترتيب الارتفاق بالاتفاق وبمضي الزمن وبتخصيص المالك ، تلاشي حق الارتفاق ، عدم الاستعمال مدة .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

تملك نصف الحاجز بين الشركين يكون جبرًا في التشريع الوضعي ، ويكون اختياريًّا من الشريك المالك في التشريع الإسلامي ، ولابد من إذن الشريك المالك في تعليته شرعًا ، وبلا إذن وضعًا ، حق المرور يكتسب بالحيازة الشرعية في عشر سنين ، وفي الوضعية بثلاثين عامًا ، ترتيب حق الارتفاق من شريك قبل القسمة غير جائز شرعًا وجائز وضعًا ، للزوجة الحق في ترتيب حق الارتفاق ، وفي قبوله ولو بدون إذن زوجها شرعًا لا وضعًا .

بند [71] القسم الرابع الالتزامات

الكتاب الأول

الالتزامات ومآخذها المختلفة

القانون الفرنسي : الالتزام هو ضرورة قانونية تكره شخصًا يسمى مدينًا على عمل أو إعطاء شيء ، أو على عدم فعل أي شيء لصالح شخص آخر يسمى دائنًا .

يقول الاقتصاديون : إن الإنسان خلق مدينًا لمثله ؛ فعلى كل واحد عمل يؤديه نحو مشابهه ، ولكن القانونيين يقولون : خلق الإنسان حرًا غير ملزم بعمل نحو مشابهة من التزام ما لم يكن هناك ما يلزمه وهو أربعة أشياء :

(1) التعاقد . (2) ما يشبه التعاقد .

(3) العمل المترتب عليه تعويض .

(4) ما يشبه العمل المترتب عليه تعويض .

التعاقد « الكنتراتو » :

التعاقد والاتفاق . فالاتفاق هو توافق إرادة شخصين أو أكثر على شيء ينتج عنه نتيجة قانونية .

والتعاقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر على شيء ينتج التزامات .

فالاتفاق يكون الجنس والتعاقد يكون النوع ، فكل اتفاق تعاقد ، وليس كل تعاقد اتفاقًا ، وإن كانت شروطهما وقواعدهما واحدة .

الفرق بين القانون الروماني ، والقانون الفرنسي في التعاقد : يوجد بين التشريعين خلاف أساسي في التعاقد ينحصر في أمرين :

أولًا : مجرد قبول التعاقد لا يكفي على العموم لإيجاد أي التزام ، بل يلزم أن يكون قبول التعاقد مصاحبًا لبعض أشياء أخرى كالنطق بكلام مقدس أو بتسجيل الدين في سجل خاص ، بخلاف القانون الفرنسي ؛ فإن التعاقد يوجد نتيجة لمجرد الرضا به ماعدا بعض عقود اشترط القانون فيها العلنية ، ويخضع وجودها إلى شكل خاص .

ثانيًا : الالتزام بإعطاء شيء لا ينقل ملكية ذلك الشيء إلى الملتزم له بمجرد

الالتزام بل لا بد لنقل ملكية هذا الشيء من فعل شيء آخر ، (التخلي أو التسليم إلخ) مع تنفيذ التزامه بخلاف القانون الفرنسي فإنه بمجرد التعاقد نقلت ملكية الشيء المتعاقد عليه بدون احتياج إلى شيء آخر من الطرف الثاني [1] .

بند [72]

التشريع الإسلامي : الالتزام [2] هو شغل ذمة شخص بشيء إلى شخص آخر مفردًا ، أو جماعة ، ويسمى الأول ملتزمًا ، والثاني ملتزمًا له ، ويكون الالتزام إعطاء كالبيع ومنعًا كعقد المهادنة وفعلًا كشركة العمل وتركًا كما في الإقالة ، أو ترك الملتزم له حقًّا من حقوقه لأجل ما التزمه له كإن أسقطتِ حقك في الحضانة فلك كذا وكذا وكإعطاء الزوجة زوجها شيئًا على ألا يتزوج عليها وهو يوافق الجعل .

وقد نظر التشريع الإسلامي إلى ارتباط الفرد بهيئة الجماعة فأوجب عليه العمل لمصلحتها من تجارة وحدادة وزراعة إلخ فقد ألزمه العمل لإفادة جنس البشر لحديث الرسول : « اعمل لدنياك كأنك تعيش أبدًا ، واعمل لآخرتك كأنك تموت غدًا » ، فهو مدين اجتماعيًا ، ودائن كذلك ؛ لأن الحياة تساند يستوجب البقاء فهذا التزام بمقتضى الحياة ، والوجود وهو نظر علماء الاقتصاد السياسي .

وأما الالتزام الفردي كأن يلتزم شخص لآخر بشيء أيًّا كان فالأصل عدمه حتى يثبت خلافه . وهي قاعدة يعمل بها عند التنازع ؛ فمن ادعى على آخر التزامًا ، ولم يقره عليه فعليه إثباته ؛ لأن الأصل البراءة يعني عدم الالتزام ، وهو نظر التشريع في العلاقات الفردية [3] .

---

(1) انظر : البنود من 1101 إلى 1107 ، في الباب الأول ، من الكتاب الثالث من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 246 ، 247 .

(2) عرف الحطاب الالتزام بأنه : إلزام الشخص نفسه شيئًا من المعروف مطلقًا أو معلقًا على شيء فهو بمعنى العطية . مواهب الجليل للحطاب جـ 4 ص 222 وما بعدها ، الشرح الصغير للدردير جـ 3 ص 1 ويختلف الالتزام بهذا المعنى الفقهي عن معناه في الاصطلاح القانوني الذي يشمل كلا من العقد والإرادة المنفردة والفعل والإثراء بلا سبب والقانون .

(3) يشمل الالتزام ، فيما ذكره المالكية ، ما ينشأ منه بالتصرف الفعلي كإتلاف مال الغير ، أو بالقولى ويراد به إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازما له .

فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك جـ 1 ص 217 ، 218 ، مواهب الجليل جـ 4 ص 222 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 1 .

وأما تقسيم الالتزام إلى تعاقد وما يشبه التعاقد ، والعمل المترتب عليه تعويض ، وما يشبه العمل المترتب عليه تعويض ، فهو تقسيم اصطلاحي . والمنصوص عليه شرعًا أن جميع ما يحصل من غير واسطة تراض واتفاق من العاقدين مما يترتب على العقود ذات الصيغة أو المعاطاة ، وكذا ما يترتب على ارتكاب ما يأباه الشرع لا يسمى كل ذلك شرعًا عقودًا ضمنية بل أحكامًا شرعية ، وإن كانت هذه التسمية لا محذور فيها ؛ لأنها اصطلاحية محضة .

التعاقد والاتفاق :

قد يراد بالتعاقد والاتفاق شيء واحد ، وقد يراد بالتعاقد ما ينتج التزامًا كبيع . ويراد بالاتفاق ما هو أعم ، فيتحقق الاتفاق بين المتصدق والمتصدق عليه مثلًا إذا اتفقا على شيء معين يدفعه الواهب أو المتصدق إلى الموهوب له أو المتصدق عليه ، فهو اتفاق لا التزام فيه ، فهذا ليس بعقد ملزم [1] .

الخلاف بين القانون الروماني والقانون الفرنسي في التعاقد إلخ .

ليس بمألوف قانونًا ولا تقليدًا ، ولا عادة أن يوضع تشريع مبتكر مرة واحدة بدون أن تتغلغل أسبابه ويكون أقرب للمألوف ، وتتهيأ النفوس لقبوله لهذا كان الخلاف بين التشريع الإسلامي منذ 1360 سنة وبين التشريع الروماني الذي وجد في عهد الرومان خمسين سنة قبل الميلاد . وأما القانون الفرنسي المولود بعد الفتح الإسلامي ، وانتشار العلوم والمعارف ، وتدعيم العدالة في نفس منشئه ، فلا خلاف بين الفرنسي والروماني ؛ لأن التشريع الفرنسي وجد الخلاف بين التشريع الروماني والإسلامي قائمًا ، فاتخذ أقربه للعقل وأسهله للتعامل ، وأسعده للبشر وانحاز إلى القاعدة الشرعية القائلة (إن البيع يتم بالتعاقد وتوجد نتيجته لمجرد الرضا بالتعاقد ، وأن مجرد التعاقد ينقل ملكية الشيء المتعاقد عليه بدون احتياج لشيء آخر) [2] .

لهذا يترفع المشرع الوضعي ويأبى أن يذكر الحقيقة ، ويتعمد عدم ذكر التشريع

---

(1) عرّف المالكية التعاقد بأنه : ما يتوقف على إيجاب وقبول .

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ 3 ص 5 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 1 بداية المجتهد جـ 2 ص 125 .

(2) عرف المالكية البيع بأنه عقد معاوضة على غير منافع . وركنه : عاقد ومعقود عليه ، وما دل على الرضا من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما .

الشرح الصغير جـ 3 ص 1 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 125 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 7 ص 6 وما بعدها .

الإسلامي الذي عنه أخذ ، وملأ جعبته منه ثم تنكر له ، ألا أيها المتنكرون الجاحدون لفضل الإسلام على البشرية قد آن أن تعترفوا بالفضل لأهله . وليس التشريع الإسلامي بممتن على الناس أن هداهم للتعامل السليم وشرع لهم من الأسس والقواعد ما يدخل الطمأنينة في قلوب المتنازعين ، ويجعلهم راضين مسلمين بقضائه وفصله ؛ لأنه قضاء منطق وعقل ، وهل يطلب الناس في حياتهم سوى العدل ودفع الظلم .

وبما أن التشريع الروماني هو الأول في الوجود ، والذي تلاه هو التشريع الإسلامي ، ولم يكن سرًّا مكتومًا بل كان يقضي به وتلتزم الناس أحكامه في نفس فرنسا وإسبانيا وألمانيا وفي أفريقيا ، وجاء بعدها التشريع الفرنسي الذي يدعي علماؤه أن الخلاف بين تشريعهم والتشريع الروماني . وأما التشريع الإسلامي فلا وجود له فهذا ليس بمنطق أيها السادة وليس بإنصاف . فهل يجديكم إنكاركم ، وقد قامت الأدلة التاريخية والملموسة على أن تشريعكم هو التشريع الإسلامي ، خلاف بعض أشياء أوحت بها إليكم الكنيسة في أحوالكم الشخصية ، اذكروا الحقيقة مجردة تكونوا منصفين ، وإن كان إنكاركم لا يضر الإسلام بشيء ؛ لأنه تشريع سماوي لخير البشر والله حافظه ﴿ يُرِيدُونَ لِيُطْفِـُٔواْ نُورَ ٱللَّهِ بِأَفْوَٰهِهِمْ وَٱللَّهُ مُتِمُّ نُورِهِۦ وَلَوْ كَرِهَ ٱلْكَٰفِرُونَ ﴾ [1] .

بند [73] ترتيب التعاقد « الكنتراتو »

القانون الفرنسي :

أولًا : تعاقد ملزم للطرفين ، وهو ما التزم فيه كل طرف نحو الآخر كعقد البيع فقد التزم البائع نقل ملكية المبيع إلى المشتري ، والتزم المشتري دفع الثمن المتفق عليه .

ثانيًا : تعاقد ملزم لطرف واحد ، وهو ما التزم فيه طرف واحد فقط نحو الطرف الآخر كعقد تسليف نقود ، فالمستلف متعهد فقط برد ما استلفه في نهاية أجله ، ويترتب على هذا التقسيم أنه :

1 - في التعاقد الملزم للطرفين يجب تسجيله في مدى ثلاثة أشهر متى كان مدنيًا ، وإلا يحكم على كل طرف بـ 50 فرنكًا غرامة ، بخلاف التعاقد من طرف واحد فغير ملزم بالتسجيل إلا إذا أدخله للتقاضي أو في عمل عام .

2 - في التعاقد الملزم للطرفين يجب تحرير صور من التعاقد بعدد المتعاقدين ،

(1) سورة الصف آية رقم (8) .

والنص على عددها في كل صورة ، وفي الثانية يكفي واحدة للدائن .

3 - في التعاقد الملزم للطرفين ، يجب إيداع صورة من التعاقد بقلم التسجيل على ورقة تمغة ، بخلاف التعاقد الملزم لطرف واحد فلا يجب فيه شيء .

4 - في التعاقد الملزم للطرفين ، إذا لم يقم أحد الطرفين بما تعهد به جاز للطرف الثاني إما إلزامه قانونًا بتنفيذ ما تعهد به ، وإما طلب إلغاء التعاقد بخلاف الثاني فليس فيه إلغاء التعاقد .

5 - في التعاقد الملزم للطرفين ، يجوز لأحد الطرفين الامتناع عن تنفيذ ما تعهد به إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما تعهد به ، أو لم يقدم إلى خصمه التنفيذ ، وذلك عند طلبه للتنفيذ أمام القضاء .

ثانيًا : تعاقد نظير مقابل ، وهو التعاقد الذي يحمل إلى أحد الطرفين منافع كما يحمل للآخر (يعطي لكل فائدة) ، وهو الملزم للطرفين كالبيع .

وتعاقد بلا مقابل ، وهو التعاقد الذي يعطى أحد الطرفين منفعة فقط ، كعقد القرض بدون فائدة .

ويترتب على هذا التقسيم النتائج العملية الآتية :

1 - التعاقد بلا مقابل خاضع لشروط وقيود في تحريره كالوصية بخلاف التعاقد نظير مقابل فلا يخضع لشيء .

2 - التعاقد بلا مقابل ، يكون قابلًا للإلغاء متى حصل خطأ في الشخص بخلاف التعاقد نظير مقابل ، فلا يكون سببًا للإلغاء إلا لعدد قليل منها .

3 - التزام المدين في العقد بلا مقابل أقل اتساعًا من التزام المدين في العقد نظير مقابل في تقدير عدم تنفيذ الالتزام ، وفي ضمان عدم نزع الملكية من الغير .

4 - في حالة إبطال العقود لغشٍّ من المدين يكون القانون سهلًا في العقود بلا مقابل ، ويكون شديدًا في غيرها .

5 - الشرط المستحيل والمخالف للقانون يُلْغي التعاقد نظير مقابل ، ويعتبر كأن لم يكن في العقود بلا مقابل ، وتبقى صحيحة .

ثالثًا : تعاقد يكون البدل فيه محققًا محدودًا كبيع منزل محدود تام المعرفة بثمن محدد (ألف جنيه) ، فكلا البدلين محدود محدد .

وتعاقد يكون البدل فيه غير محقق ، وخاضع لحوادث القدر بحيث يكون كل طرف محلًا للمكسب والخسارة ، كبيع نظير ترتيب معاش العمر ، وعقد التأمين على الحريق .

رابعًا : التعاقد المسمى والتعاقد غير المسمى ، فالأول ما كان له اسم خاص ، والمشرع نظمه بشكل خاص في القانون المدني أو في القانون التجاري ، وغير المسمى هو الكثير من الاتفاقات التي ترك القانون للطرفين حرية التعاقد بدون اسم خاص ولم ينظمها القانون بقواعد خاصة .

خامسًا : عقود أصلية وعقود تبع ، فالعقود الأصلية هي التي توجد بنفسها ، والتي يريد الطرفان وجودها وحدها كالبيع والإيجار ، والعقود التبع هي المتصلة اتصالًا وثيقًا بعقد أساسي للتأكيد من تنفيذه كالرهن والضمان .

وصحة العقد التبع خاضعة لصحة العقد الأساسي ، وصحة الأساسي خاضعة لشروط وجوده بلا علاقة بين الأصل والتبع .

سادسًا : عقد يتم بإرادة الطرفين فقط ، وهو الغالب في العقود كالبيع والإجارة ، وعقد لا ينعقد إلا بعد تقديم شيء مادي يتعهد المدين برده كالقرض للاستعمال ، والأمانة والرهن .

وعقود علنية ، وهي التي يخضع وجودها إلى استيفاء شروط خاصة كالهبة والزواج ، وفي النوع الثاني والنوع الثالث لا تكفي إرادة الطرفين لانعقاد هذه العقود بل لا بد من تقديم الشيء موضوع التعاقد ومن استكمال الشروط المطلوبة قانونًا .

عقد القبول [1] : توجد عقود موضوع شروطها وبنودها وضعت بمعرفة أحد الطرفين ، ويأتي الطرف الثاني للتوقيع والقبول بدون أي بحث في أي شرط ، فوضعه من ناحية واحدة والقبول من الناحية الأخرى (كعقد التأمين على الحياة ، وعقد النقل في السكك الحديدية ، وعقد العمل) .

وطبيعة هذه العقود فيها خلاف ، فبعض المتشرعين يرى أنها عقد من جهة واحدة ؛ فإرادته فقط هي التي تحدد نصوصه ، وتوضح بنوده ، وبعضهم يرى أنها ككل العقود من جميع النواحي ، وبعضهم يرى أن الشروط الأساسية التي بها

(1) هذا ما يقابل الاصطلاح القانوني المعروف : عقد الإذعان .

يوجد هذا التعاقد تعتبر مقبولة من الطرفين ، وما زاد عن ذلك من إلزام الطرف الموقع فيعتبر إلا إذا أخرج العقد عن حقيقته التي وضع لها والتي يدل عليها [1] .

اتفاقات جماعة : وهو التعاقد الذي يتم بين جماعتين كل جماعة طرف ، أو بين جماعة وشخص محدد وذلك كعقود العمل .

بند [74/أ] ترتيب التعاقد

التشريع الإسلامي : ترتيب التعاقد على النحو الذي ذكره لا يفيد الحصر ، ولا يقضى باستقصاء جميع أنواع التعاقد ، وإنما ذكر بعض المتعارف منها مما يذكر تحت قواعد كلية ، كالعقد بعوض والعقد بدون عوض . فليس هذا الترتيب من الفقه بمعنى الأحكام ، وإنما هو اصطلاح للفقهاء مفيد .

1 - تعاقد ملزم للطرفين وتعاقد ملزم لطرف واحد ، فالأول كالبيع [2] والإجارة [3] مثلًا فقد التزم البائع تسليم العين المبيعة كما التزم المشتري تسليم الثمن وكذا الإجارة [4] ، والثاني كالجعل وهو التزام عوض عُلم لتحصيل أمر يستحقه السامع بالتمام [5] ، ولكليهما الفسخ وتلزم الجاعل فقط بالشروع في العمل ، وقد

---

(1) انظر : البنود من 1101 إلى 1107 ، في الباب الأول ، من الكتاب الثالث من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الأول ص 246 ، 247 .

(2) البيع عقد معاوضة ، ولا يكون العقد إلا بين اثنين بإيجاب وقبول . الشرح الصغير (1/3) .

(3) الإجارة : عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض . الشرح الصغير (298/3) .

(4) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 428 من القانون المدني المصري والمادة 394 من المشروع والمادة 488 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجردًا من كل حق آخر وأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية إليه » . وتقابل المادتين 466 ، 467 من التقنين الكويتي : فالمادة 466 من التقنين تنص على أنه « إذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور إبرامه ، وجب على البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها ، وأن يمتنع من أي عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلًا أو عسيرًا » . والمادة 467 على أنه « يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع وبأن يسلمه الوثائق والمستندات المتعلقة به » .
وحكم المادة المقترحة تطبيق للأصل الشرعي الذي يوجب الوفاء بالعقود ، الأمر الذي يقتضي تمكين المشتري من الحصول على مقصود العقد وثمرته .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

(5) الجعالة التزام بدفع قدر من المال لمن يقوم بعمل معين ، سواء كان ذلك لنفع الجاعل أو المجعول له . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 60/4 .

يكون عقد القرض كذلك ؛ لأنه ينعقد بتعهد المقرض دفع القرض للمقترض ، وأما وجوب الرد للقرض فهو حكم مترتب على العقد لا شرط فيه [1] .

ولا يترتب على هذا التقسيم تحرير صور بعدد المتعاقدين ولا تسجيله ولا إيداع صورة إلخ ؛ لأن هذه أمور نظامية لا دخل لها في حقيقة هذه العقود ، فإن أمر بها الحاكم وجب اتباعها ؛ لأنها من نظم الحياة ولوازم الاحتياط ، ولا تتعارض مع أصول التشريع الإسلامي . بل بالعكس أوجب التشريع الإسلامي على القاضي اتخاذ سجل وكاتب توثيق لضبط الحوادث والادعاءات ، وما يتم فيها فبالأولى تنظيم ما يؤول إلى التقاضي أو ما يؤدى إليه غالبًا [2] .

وفي التعاقد الملزم للطرفين جاز للطرف الآخر إلزام الممتنع من التنفيذ بما تعهد به ، وجاز له عدم تسليم البيع إذا لم يدفع الثمن إذا كان البيع بتًّا أو طلب كفيل بالثمن ، ولكن متى استلم المشتري المبيع ، ولو لم يدفع الثمن ، فليس للبائع أخذه . ونقض البيع لأن الثمن أصبح في الذمة بل له التقاضي ، وطلب الحكم واستيفاء الثمن من أملاك المشتري كافة .

ولو قال كل من المتبايعين لصاحبه لا أدفع لك ما بيدي حتى تدفع لي ما بيدك بدأ المشتري بدفع الثمن النقدي جبرًا إذا كان المبيع عرضًا أو مثليًا ؛ لأنه في يد بائعه كالرهن على الثمن ، فإذا كان البيع لغير عرض أو مثلي بنقد فيهما لم يجبر واحد من المتعاقدين على التبدئة . فإن كان العقد على مثلين أو عرضين غير ما ذكر تركا حتى يصطلحا ، فإن كان بحضرة حاكم وكَّل من يتولى ذلك لهما .

---

(1) حصر ابن جزي الكلبي أنواع البيوع والمكاسب فقال : أما المكاسب فنوعان :
كسب بغير عوض ، وبعوض ، فأما الكسب بغير عوض فأربعة الأول : الميراث . الثاني : الغنيمة الثالث : العطايا كالهبة والحبس وغير ذلك . الرابع : مالم يتملكه أحد كالحطب والصيد وإحياء الموات .
وأما الكسب بعوض فأربعة : عوض عن مال كالبيع ، عوض عن عمل كالإجارة ، عوض عن منفعة البضع كالصداق ، عوض عن جناية كالديات . القوانين الفقهية ص 186 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 125 ، إرشاد السالك ص 75 ص 76 .

(2) أوجب الحطاب في الكاتب الذي يتخذه القاضي أن يكون عدلا ، وأوجب على القاضي اتخاذ مثل هذا الكاتب واتخاذ مزك ومترجم بهذه الصفة ، ويجب اتصاف هؤلاء بالعدل والعقل والرأي والعفة . بل نص الدردير في الشرح الصغير ورتب القاضي وجوبًا كاتبًا يكتب وقائع الخصوم . مواهب الجليل جـ 6 ص 115 ، الشرح الصغير جـ 4 ص 15 .

2 - تعاقد نظير مقابل وتعاقد بلا مقابل ؛ فالأول ما انتفع فيه الطرفان مقابلة كالبيع [1] والإجارة . والثاني ما اقتصر النفع فيه على جانب واحد كالهبة مثلًا أو القرض . ولا يخضع التعاقد بلا مقابل لشروط خاصة ؛ فإن أخطأ الواهب أو المقرض في شخص الموهوب له أو المقترض صح له إلغاء عقده . وأما في العقد بمقابل فالشخص ليس بمقصود للمتعاقدين فلا إلغاء ، وعادةً التعاقد للقرض أو الهبة يكون أقل اتساعًا والتزامًا من الالتزام المتبادل [2] .

والعقد على المستحيل وعلى المحظور باطل [3] ، وما بُني عليه كذلك . وفي العقد بلا مقابل كالوقف مثلًا يلغى الشرط المستحيل أو المحظور ويصح العقد .

3 - تعاقد يكون البدل فيه محققًا محدودًا وتعاقد يكون البدل غير محقق بل تحت رحمة القدر ، فالأول كالبيع المعلوم فيه الثمن والمثمن . والثاني ما احتمل الكسب والخسارة لأحد الطرفين ، وكان خاضعًا للقدر كبيع نظير ترتيب معاش مدة الحياة للبائع فهو باطل للجهالة في الثمن ، وقد يكون صحيحًا كما في السلم فمع كونه خاضعًا للقضاء والقدر في الثمن رخصًا وغلاءً [4]

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي : أن البيع عقد معاوضة أي عقد محتو على عوض من الجانبين (3/2) وفيه - أيضًا - الهبة تمليك بلا عوض « أي تمليك ذات 97/4 » وجاء في بداية المجتهد قوله : « العقود تنقسم إلى قسمين : قسم يكون بمعاوضة ، وقسم يكون بغير معاوضة ، كالهبات ، والصدقات ... إلخ . بداية المجتهد 2/ 145 .

(2) ذكر ابن رشد أنه يغتفر في عقود التبرعات ما لا يغتفر في غيرها ، ولا يشترط فيها شروط معينة ؛ فقال إنه لا خلاف في المذهب المالكي في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود بالجملة ، وكل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر . بداية المجتهد جـ 2 ص 255 ، 256 .

(3) قاعدة : العقد على المستحيل والمحظور باطل ، وما بنى عليه كذلك .

(4) السَّلَم هو بيع شيء غير موجود في الحال بثمن حال ، على أن يجري تسليم المبيع في المستقبل ، بشرط أن يعين هذا المبيع تعيينا نافيا للجهالة والغرر . ويشغل السلم موضعًا هامًّا في الفقه الإسلامي لأنه يستجيب لحاجة التعامل على نطاق واسع في الوقت الحاضر سواء مع المصارف أو الشركات أو الأفراد ويسمى المشتري « المسلم » أو « رب السلم » ، والبائع « المسلم إليه » والمبيع « المسلم فيه » والثمن « رأس المال » . والأحكام المتعلقة بالسلم مأخوذة من الفقه الإسلامي بوجه العموم ؛ فقد نصت المادة 142 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أن « السلم هو أن يسلم عينًا حاضرة (رأس مال السلم) في عوض موصوف في الذمة (المسلم فيه) إلى أجل ، كما نصت المادة 109 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن « السلم بيع شيء موصوف مؤجل لأجل معلوم تختلف به =

فهو جائز [1] .

4 - عقود أصلية وعقود تبعية ، فالأصلية ما كان المقصود للمتعاقدين وجودها أولًا وبالذات كالبيع . والعقود التبعية ما تولدت عن هذا التعاقد الأصلي كالرهن والضمان والحميل مثلًا في المبيع نظير ثمنه ، فالبيع مقصود للمتعاقدين أولًا ثم نشأ عنه بعد تحققه طلب ضمان بالثمن لأنه لم يدفعه المشتري مثلًا ، والعلاقة بين العقد الأصلي والتبعي يجب مراعاتها ؛ فالعقد الذي يكون مستوفيًا شروطه من العقود الأصلية يكون صحيحًا ، وتترتب عليه آثاره ، ولو بطل البيع ؛ لأن الثمن كان خمرًا أو خنزيرا أو مجهولًا بطل الضمان ؛ لأنه يجب أن يكون الدين المضمون صحيحًا يجب أداؤه [2] .

5 - عقد يتم بإرادة الطرفين فقط وعقد لا يوجد إلا بشيء آخر كالبيع ؛ فإنه ينعقد بلا ضميمة شيء آخر إلى إرادة المتعاقدين ، وأما القرض والهبة والصدقة فتملك بالعقد وإن لم يقبضه المقترض أو الموهوب له أو المتصدق عليه ، والوديعة لا توجد إلا بدفع الشيء المودع ؛ فالتعاقد على الإيداع لا يوجد حقيقة الوديعة بل لابد من دفع الوديعة للمودع عنده .

وهناك عقود علنية كالزواج مثلًا ، والعلنية فيها تحصل بالإشهاد ، والبيع والإجارة مثلًا لا يشترط فيهما علنية بمعنى وجوب الإشهاد [3] .

= الأسواق ويوجد فيه جنس المبيع غالبًا ، وقد عرفته المادة 532 من التقنين الأردني التي تنص على أن « السلم بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 150 ، 151) .

(1) قال الدردير في تعريف السلم : السلم بيع موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه ، وشرطه حلول رأس المال ، وجاز تأخيره ثلاثًا ولو شرط أهـ .

وقد ذكر ابن رشد أنه من عقود التبرعات . الشرح الصغير جـ 3 ص 105 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 204 مواهب الجليل جـ 4 ص 514 ، 515 .

(2) قال الدردير : وشروط صحة المعقود عليه طهارة فلا يصح بيع نجس ولا متنجس لا يمكن تطهيره ، وعدم النهي عن بيعه ، وقدرة على تسليمه لا طير في الهواء ولا وحش في الفلاة . الشرح الصغير جـ 3 ص 4 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 127 .

(3) الإشهاد من شروط النكاح ، واختلف الفقهاء ، هل هو شرط تمام يؤمر به عند الدخول ، أو شرط صحة يؤمر به عند العقد . بداية المجتهد (17/2) .

وأما عقود القبول ، وهي التي يضع شروطها وبنودها طرف واحد وعلى الطرف الثانى الإمضاء والقبول فقط فحكمها شرعًا كالآتي ، حسب ما ظهر لي وفوق كل ذي علم عليم .

أولًا : عقد النقل في السكة الحديد أو بوليصة الشحن ، هذا العقد مطبوع بإنشاء إدارة السكة الحديد ، وهي التي وضعت شروطه ودونت بنوده وما على المرسل إلا الإمضاء . وهو عقد إيجار بين المرسل والسكة الحديد على نقل عروض تجارة أو ماشية أو أي شيء من بلد كذا إلى بلد كذا ، وفيه أن المصلحة غير مسئولة عن الكسر والتلف والضياع والتأخير إلخ ، وهي شروط باطلة ، لأن الضمان مقرر في التشريع الإسلامي في مثل هذه الحالة للمصلحة العامة ، وقبول المرسل شروط المصلحة قبول إكراهي ؛ لأنه لو لم يقبل لا يمكنه نقل بضاعته خصوصًا في المسافات البعيدة فهو مكره والمتعين .

أولًا : قبول الشروط الأساسية التي تتعلق بالنقل ، وتقدير الأجر ودرجته ، وأنه بالمستعجل أو بالبضاعة .

ثانيًا : إلغاء ما زاد من عدم الضمان فيما يضمن فيه شرعًا ، نحو هلاك العروض المرسلة ، فإن كان الهلاك بتعدّ من المصلحة أو عدم احتياط أو إهمال نشأ عنه التلف أو الضياع أو الهلاك فهي ضامنة قطعًا ولو شرطت عدم الضمان .

فلو احترقت العربة المحملة بالبضاعة المنقولة لعدم التشحيم أو لشحن مواد ملتهبة أو قابلة للاحتراق مع هذه البضاعة ، واحترقت بالفعل لهذا السبب ، فالمصلحة ضامنة قطعًا . فقد نص الفقهاء على أن عِثار الدابة لو كانت عثورًا يعتبر تعديًا من صاحب الدابة يضمن بها الحمل ، وكذا إن كانت الحبال رثة ، فلو كان التلف أو الضياع أو الهلاك بأمر طارئ لا مفر من حدوثه أو لا قدرة على دفعه وكانت المصلحة ليست سببًا في حدوثه فلا ضمان عليها .

فإن اشترط النقل في المستعجل لخوف التلف على المنقول بأن كان فاكهة أو لحمًا أو خضارًا أو ما أشبه ، ونقلته المصلحة بغير المستعجل ، وتلف ضمنت بلا نزاع ؛ لأنها خالفت الشرط إلى ما فيه الضرر .

والقاعدة العامة أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن

يتعدى [1] ، والتعدي كما يكون بالنفس يكون بالسبب لعدم الاحتياط أو الإهمال ، فإن هلك بغير تعديه ومع احتياطه فلا ضمان عليه [2] .

ثانيًا : عقد التأمين على الحياة ، أو عقد السكورتاه ، أو بوليصة التأمين ، وهو عقد يقبل فيه المتعهد بالتأمين على أنه إذا مات المؤمَّن في مدة عشر سنين يدفع مبلغًا معينًا (1000 جنيه) مثلًا إلى شخص يختاره المؤمَّن على أن يدفع المؤمن مبلغًا معينًا من المال مقسطًا كذا كل قسط ، كذا أو تتعهد شركة التأمين لصاحب عقار منزل أو دكان أو محل تجارة بدفع مبلغ كذا لمدة عشر سنين أو عشرين سنة إذا احترق هذا العقار [3] على أن يدفع مالك العقار قسطًا معينًا كل سنة أو ستة أشهر

---

(1) قاعدة : الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى .

(2) ذكر ابن رشد أنه لا خلاف عندهم في أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى ما عدا حامل الطعام والطحان ، فإن مالكًا ضمنه ما هلك عنده ، إلا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه . بداية المجتهد جـ 2 ص 232 .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 747 مدني مصري ، ونصها : « التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغًا من المال ، أو إيرادًا مرتبًا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد ، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن » . ويؤخذ على هذا التعريف أنه يتناول عقد التأمين من أحد جانبيه ، وهو جانب العلاقة بين المؤمن والمؤمن له ، ولكن للتأمين جانبًا آخر ، وهو العلاقة بين المؤمن له ومجموع المؤمن لهم ، وهذا الجانب يجب أن يكون الاعتبار الأول كما سبق القول . لهذا جاءت المادة 747 مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بتعريف التأمين تعريفًا مختلفًا عن تعريف المادة السابقة الذكر ، لتوضيح أن عقد التأمين في حقيقته عقد تعاون بين المؤمن لهم في تعويض من يقع له الحادث أو ينزل به الخطر المؤمن منه ، وبذلك نوزع الخسارة على الجميع ولذا نصت هذه المادة من المشروع على تعريف التأمين بأنه : « عقد تعاون يقدم المؤمن له بمقتضاه أقساطًا أو أية دفعة مالية أخرى لمواجهة حادث أو خطر معين ينزل بأي من المؤمن لهم ، فيكون على المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد مبلغًا من المال ، أو إيرادا مرتبا أو أي أداء مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد » . والسند الشرعي للنص المقترح تلك القاعدة الفقهية التي جاءت فيما روي عن النبي ﷺ من أنه قال : « المسلمون عند شروطهم » . فكل اتفاق لا يتعارض مع الأصول التي يقررها الفقه الإسلامي يكون عقدًا مشروعًا (انظر في هذا : البدائع جـ 5 ص 295) . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 893 من التقنين العراقي ، والمادة 920 من التقنين الأردني ، والمادة 773 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

من مبلغ معين [1] .

وهو عقد بمجهول ويشترط في كل العقود أن تكون مادة تعاقدها معلومة للطرفين محددة ، بل هو عقد القضاء والقدر ، فإن سلمت العين أو الشخص المؤمّن عليه كسب المؤمّن وإن احترقت أو مات المؤمّن خسرت فهذه العقود غير جائزة شرعًا .

ثالثًا : عقود العمل ، هذه العقود يراد بها العقد المحرر بين أصحاب الشركات أو الفابريكات ، وبين من يعمل فيها أو بين الصناع وأصحاب رؤوس الأموال [2] ، وسبب ذلك أن الحكومات في غير مصر (وأظن أن هذا سيشرع قريبًا في مصر) ، نظرت إلى العامل فوجدته ضحية إلى مالك رأس المال يستغله ، وينتفع بثمرة عمله إلى أبعد حدود الاستغلال حتى إذا شاخ أو أصيب بعاهة حتى من جراء عمله تركه صاحب العمل ، فيكون فريسة للفقر والمرض فسنت قوانين لتأمين العمال في عملهم ، وفي حياتهم حتى الممات فاشترطت أن العامل إذا مرض يداوى على حساب من يعمل عنده في معمله أو في فابريكته وإذا أصيب أثناء عمله يعطى أجره كاملًا لمدة معينة ، وإذا بتر منه عضو أو جزء عضو يترتب له كذا من أجر عمله لمدة كذا ، وأن يعطى يومًا ونصف يوم في الأسبوع راحة مع احتساب أجره مثلًا . وهكذا اشترطت شروطًا سنتها بقوانين لتحمى اليد العاملة من طغيان أرباب رؤوس الأموال على العمال ، واستنفاذ قواتهم لمصلحتهم بلا تفكير فيمن كانوا سببًا

---

(1) قال ابن رشد : وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم ، فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف يضمنون ما هلك عندهم . بداية المجتهد جـ 2 ص 232 .

(2) جاء في المادة 674 من القانون المدني المصري تعريف عقد العمل بأنه « عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » . والمقصود من عقد العمل هو أن يعمل أحد المتعاقدين لدى المتعاقد الآخر . حيث يرتب عقد العمل التزامات على عاتق كل من الطرفين ، وهذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد . وقد أخذ هذا المعنى في الاعتبار في التعريف الذي أوردته المادة 667 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة ؛ حيث جاء فيها أن « عقد العمل عقد يعمل بمقتضاه أحد المتعاقدين لدى المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر » وتقابل هذه المادة المواد 29 من قانون العمل المصري رقم 137 لسنة 1981 والمادة 900 مدني عراقي والمادة 805 أردني . ويتفق ذلك مع مقررات الفقه الإسلامي ؛ فقد جاء في المادة 562 من مجلة الأحكام العدلية عن عقد العمل أنه عقد إجارة لآدمي ، وهو ما تكرر في المادة 586 من مرشد الحيران . (انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 252) .

مباشرًا لإثرائهم وللإغداق عليهم [1] .

فقام من ناحية أصحاب رؤوس الأموال من يدافع عن أموالهم في استخدام جزء منه قد يبلغ الآلاف ضد مصلحة العمال ، وضنوا بتطبيق هذه القوانين بشروطها وقيودها ، فوضعوا عقدًا يسمى عقد العمل ودونوا فيه من البنود ما لو تمسك بها الطرفان لما استفاد شيئًا أي عامل ، ولو كانت إصابته وقت العمل حتى ولو ذهبت بحياته ، وذلك للتحايل على الإفلات من تطبيق قوانين حماية العمال ، ولو جزئيًا فيأتي العامل محتاجًا للعمل ليقتات ، فيقدم له عقد العمل المذكور فإن نازع فيه لا يقبل ، وهو محتاج فيضطر تحت تأثير الحاجة أن يمضيه ، فمثل هذا العقد باطل ؛ لأنه فقدت فيه إرادة العامل من جهة ومن جهة أخرى ففيه إسقاط حق لم يجب بعد ، والتنازل والإسقاط يكون عن شيء محقق أو مقدر الوجود غالبًا ، فإذا تعهد العامل أنه لا يطالب صاحب العمل بتعويض إذا أصيب في عمله فتعهده باطل ، وأما ضمان الصناع شرعًا فإنهم يضمنون ما هلك عندهم إذا كانوا يأخذون العمل في بيوتهم أو يغيبون عليه دون حضور صاحبه ، ويضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر أو قطع في المصنوع إذا عمله في حانوته ولو بحضور صاحبه . ولا ضمان [2] لما فيه غرر [3] ، كثقب الجوهر ونقش الفصوص ، وتقويم السيوف ، واحتراق الخبز عند الفران والطبيب يموت عنده العليل من معالجته ، وكذلك البيطار إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ .

وأما الطبيب وما أشبه فإن كان من أهل المعرفة وأخطأ في فعله فلا شيء عليه في النفس ، والدية على العاقلة فيما فوق الثلث ، وفي ماله فيما دون الثلث ، وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل : في ماله ، وقيل : على العاقلة .

---

(1) قال ابن رشد [وأصل مذهب مالك أن الصناع يضمون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع أو قطع إذا عمله في حانوته ، وإن كان صاحبه قاعدًا معه إلا فيما كان فيه تغرير من الأعمال ، مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص ، وتقويم السيوف ، واحتراق الخبز عند الفران ، والطبيب بموت العليل من معالجته وكذلك البيطار إلا أن يُعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ . بداية المجتهد جـ 2 ص 233 .

(2) قاعدة : لا ضمان لشيء فيه غرر .

(3) قال ابن رشد : « والأجير عند مالك كما قلنا لا يضمن إلا أنه استحسن تضمين حامل القوت ، وما يجري مجراه ، وكذلك الطحان ، أما من عداهم من غيرهم فلا يضمن إلا بالتعدي » ، بداية المجتهد جـ 2 ص 232 .

وأما حامل الطعام والطحان فإن الإمام مالكًا ضمنهم ما هلك عندهم إلا أن تقوم لهم بينه . على هلاكه من غير تعديهم [1] .

بند [74/ب] شروط وجود وصحة العقود

القانون الفرنسي :

ملاحظة أولية : الفرق بين شروط إيجاد العقود وشروط صحتها :

إن شرط الوجود إذا تخلف نتج عنه إلغاء العقد إلغاء عامًّا أو عدم وجود العقد ، بينما إذا تخلف شرط الصحة ينتج عنه قابلية العقد للإلغاء إلغًاء خاصًّا .

ومعلوم أن الإلغاء الخاص لا يُدَّعى إلا من أشخاص محدودين ، وأنه يغطى إما بالتصحيح ، وإما بمضي المدة بخلاف الإلغاء العام فيدعيه كل من له مصلحة ، ولا يغطى لا بالتصحيح ولا بمضي المدة .

أولًا : شروط وجود العقود :

1 - إرادة الطرفين المتعاقدين ، وهي اتفاق إرادة المتعاقدين على كل نقط التعاقد ، وتتكون من عنصرين : العرض من جانب والقبول من جانب آخر .

العرض ويكون صراحة وليس له شكل خاص ، ويمكن أن يكون لشخص محدود ، كما يكون للعموم كعرض البضائع بأثمان محدودة لكل مشترٍ . ونتيجة العرض وحده لا تكفي لعقد البيع بل لا بد من انضمام القبول له ، فالعرض يقيد العارض وله سحب عرضه مالم يتصل به قبول إذا لم يحدد مدة لعرضه ، فليس له سحبه حتى تنتهي المدة ، وقد يصبح العرض قديمًا إذا توفي العارض ، أو فقد أهليته للتعاقد أو تمضي مدة العرض المحددة .

القبول : يكون القبول صراحةً أو ضمنًا ؛ فالضمني يكون كقبول الوكيل لموكله فهو قبول ضمني من الموكل ، السكوت من جانب القابل لا يدل على انعقاد الاتفاق (الذي لا يقول كلمة لم يقبل) إلا في مدة الإيجار الضمني ، فالسكوت

---

(1) قال ابن رشد : وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله ، وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس ، والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث ، وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية ، قيل في ماله وقيل على العاقلة .

كاف في التعاقد .

ومتى وجد القبول نتج عنه وجود العقد .

اللحظة التي يتم فيها التعاقد ويوجد العقد : يتم العقد ، ويوجد وتترتب عليه آثاره متى حصل العرض ، والقبول إذا حضر الطرفان في مجلس واحد فإن كان التعاقد بكتابة أو بمكالمات تليفونية أو تلغرافية ، فحصل خلاف هل يتم بمجرد العرض أو لا بد من وصول القبول إلى العارض . ونتائج تلك العملية هي :

1 - لو تلف الشيء المتعاقد عليه بقوة قاهرة فعلى من يكون .

2 - لو مات أحد الطرفين المتعاقدين أو خرج عن أهلية التعاقد .

3 - هل يجوز للعارض سحب عرضه .

4 - كل هذا مرتب على تمام العقد بمجرد القبول ، فيكون ملكًا للمشتري أو لابد من وصول القبول فيبقى على حساب البائع .

القانون يحبذ الرأي الثاني ، وكذا القانون المدني الألماني ، وهو أن العقد لا يتم إلا بوصول القبول إلى البائع ؛ فلو تلف المبيع فهو على حساب البائع ، ولو مات أحد الطرفين فيبقى المبيع في ملك البائع ، ويجوز للبائع سحب عرضه قبل وصول القبول .

المكان الذي ينعقد فيه الاتفاق :

لمعرفة مكان الاتفاق نتائج عملية خطيرة :

1 - بالنظر إلى اختصاص المحاكم عند التنازع في المواد التجارية ، حيث إن القانون يقول (يمكن طلب المدين في المكان الذي تم فيه التعاقد) .

2 - فيما يتعلق بتفسير الشروط المبهمة التي في العقد يطبق العرف في مكان إتمام العقد ، فمكان إتمام العقد إن كان بين حاضرين هو مكان التعاقد ، وإن كان بين غائبين ففيه الخلاف السابق هل هو القبول مجردًا عن وصوله للعارض ، فيكون

المحل هو محل القبول ، وإن كان القبول مع وصوله إلى العارض فمحله محل العارض .

في حالة عدم وجود الإرادة :

لا توجد الإرادة في الأحوال الآتية فلا ينعقد الاتفاق :

1 – حينما يكون أحد المتعاقدين في سن لا تسمح له بالتمييز .

2 – حينما يكون أحد المتعاقدين في حالة تغير عقلي أو سكر في حالة إتمام العقد .

3 – حينما يكون هناك خطأ مادي في الشيء المبيع (باعه حصانًا فظن أنه باعه آخر) .

4 – حينما يكون هناك خطأ في طبيعة نفس العقد (بعتك حصانًا فظننت أني أعطيكه) .

نظرية الإرادة وإعلان الإرادة :

الفرق بين الإرادة وإعلان الإرادة قد اعتنى به القانون الألماني والفرنسي ، ففي القانون إرادة الطرفين الداخلية هي التي تقدم العوامل الموجبة للعقد ، وأنها هي المحددة لنتائجه ، وهي طريقة استقلال الإرادة .

وفي القانون الألماني هي الإرادة الظاهرة الناتجة عن الصيغ المستعملة من الطرفين في حال التعاقد ، وهي طريقة إعلان الإرادة .

ولا يكون العقد قابلًا للإلغاء إذا حصل خطأ في سبب التعاقد ، وفي القانون الألماني الخطأ في جوهر مادة التعاقد (المادة المتعاقد عليها) يكون سببًا في الإلغاء [1] .

بند [75] شروط وجود وصحة العقود

التشريع الإسلامي : شرط الوجود هو ركن العقد الذي به يتكون [2] ، ويوجد

(1) انظر : البنود من 1108 إلى 1125 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الثالث من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 247 : 251 .

(2) يتفق النظر إلى العقد الصحيح في الفقه الإسلامي مع ما جاءت به المادة 133 مدني عراقي ، ونصها :

1 – العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتًا ووصفًا بأن يكون صادرًا من أهله مضافًا إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل .

2 – وإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفًا أفاد الحكم في الحال .

وهي تتفق مع ما جاء في المادة 167 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادرًا من أهله مضافًا إلى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له » . وقد نصت المادة 108 من المجلة على أن « البيع =

وهو في البيع مثلًا بائع ومشتر ومبيع وثمن فإن لم يوجد واحد يقال : فقد ركنًا من أركان العقد فلا توجد له حقيقة فهو باطل [1] .

وأما شرط الصحة كفقد ركن من هذه الأركان وصفًا مشترطًا فيه كشرط كون المبيع طاهرًا منتفعًا به مقدورًا على تسليمه أو كشرط التمييز في العاقد ، فإن كان المبيع نجسًا أو غير منتفع به في الجملة أو غير مقدور على تسليمه أو كان العاقد صغيرًا لا تمييز عنده [2] أو في حالة إغماء أو جنون إلخ [3] فيقال : إن العقد فقد شرط صحته فالعقد موجود بحقيقته ، ولكنه غير صحيح ، فعدم وجود العقد لعدم وجود ركنه يكون باطلًا من أساسه ، وعدم وجود شرط الصحة يجعله فاسدًا يصح لمن وقع عليهم الضرر فيه طلب إلغائه ، أو لمن يملكون أمرهم فهو حق خاص ، وأما البطلان فهو حق عامر لكل شخص أن يدعيه ، ولا يمكن تصحيح الباطل إلا باستيفاء أركانه المفقودة ، وأما الفاسد المختلف فيه فيمضي إذا حصل مفوت من مفوتات العقد الفاسد كما سيأتي .

إرادة الطرفين : وهي تَوَافُق المتعاقدين على ما أرادا الاتفاق عليه جملةً

= الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع ذاتًا ووصفًا » . ونصت المادة 311 من مرشد الحيران على أن « العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتًا ووصفًا » . والمراد بمشروعية ذاته ووصفه أن يكون ركنه صادرًا من أهله مضافًا إلى محل قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحه سالمة من الخلل وإلا يكون مقرونًا بشرط من الشروط المفسدة للعقد انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامة ص 37 .

(1) قال الدردير في تعريف عقد البيع « أركانه التي يتوقف عليها حقيقته خمسة عاقد من بائع ومشتر ، ومعقود عليه من ثمن ومثمن ، وصيغة أو ما يقوم مقامها » مما يدل على الرضا . الشرح الصغير للدردير جـ 3 ص 64 .

(2) يتفق إبطال عقد غير المميز مع ما جاء في المادة 110 من القانون المدني المصري ومع المادة 95 من مشروع القانون المدني ، طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية . والمادة 7 التقنين الأردني ، والمادة 96 من التقنين العراقي والمادة 1/86 من التقنين الكويتي وحكمها مستمد من الشريعة الإسلامية : المادة 966 من المجلة العدلية والمادة 269 من مرشد الحيران .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 22) .

(3) قال الدردير : وشروط لزومه أي البيع تكليف ، فلا يلزم صبيًا مميزًا ، وإن صح مالم يكن وكيلًا عن مكلف وإلا لزم ، وعدم حجر فلا يلزم المحجور لسفه أورق إلا بإذن الولي ، وعدم إكراه فلا يلزم المكره عليه . الشرح الصغير للدردير جـ 3 ص 3 .

وتفصيلًا [1] ، وتتكون من إيجاب وقبول أو من عرض وقبول [2] .

أما الإيجاب فيصح أن يكون من المتكلم الأول كبعتك كذا أو اشتريت منك كذا مثلًا ، ويصح أن يكون الإيجاب بالقول والكتابة والإشارة منهما أو من أحدهما ، ويصح أن يكون الإيجاب عامًّا لكل طارق أو مشتر أو لشخص معين .

ولا يكفي الإيجاب وحده ؛ لأنه شق التعاقد فلا يتم إلا بشقيه إيجاب ثم قبول ، والإيجاب يقيد صاحبه وله إبطاله مادام لم يقبل المشتري ، فإن قبل فقد تعلق حقه بالمبيع . فإن قال شخص : أبيعها بمائة فقال آخر : قبلت انعقد البيع فإن تنحى البائع قائلًا : ما أردت البيع ، فإن قامت قرينة على عدم إرادة البيع فالقول للبائع بلا يمين ، أو على إرادته فيلزمه البيع [3] .

ويكون العرض صحيحًا مادام صاحبه يملك العرض ، لأن بالقبول يتم البيع فإن فقد العارض (الموجب) أهلية العرض بالموت ، أو بفقد صفة الأهلية كالجنون مثلًا فقد بطل العرض ؛ إذ لو صح العرض مع فقد الأهلية لكان التعاقد مع غير ذي أهل ، والعبرة بوقت تقابل الإيجاب بالقبول من وقت وجوده إلى تمام العقد ، فإن قيد عرضه بمدة فهو مؤاخذ بعهده ما دام حيًّا ذا أهلية شرعية للتعاقد [4] .

---

(1) تناولت النص المادة 89 من القانون المدني المصري رُكْنى العقد ، ونصها : يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين . مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » . وهو ما جاء في الماد 90 من التقنين المدني الأردني التي تقول : « ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » . وهو ما يتفق مع المادة 74 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية كما يتفق مع المادة 32 من التقنين المدني الكويتي . والمادة 104 من المجلة التي تقول : « الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما » .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 17) .

(2) ذكر الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير 5/3 تعريفه للعقد بأنه : ما يتوقف على إيجاب وقبول . انظر كذلك : الشرح الصغير للدردير جـ 2 ص 1 ، التاج والإكليل للمواق جـ 4 ص 228 .

(3) يتوقف العقد على الإيجاب والقبول ، ولا يكفي أحدهما ، وهو ما يتضح من التعريف السابق للعقد بأنه : ما يتوقف على إيجاب وقبول . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ 3 ص 5 ، التاج والإكليل للموّاق جـ 4 ص 228 .

(4) الإيجاب المقيد بمدة معينة ، كقولك بعتك سيارتي بعشرة آلاف وأنا على إيجابي هذا حتى نهاية الأسبوع ، ملزم للموجب طيلة المدة التي حددها ، فلا حق له في الرجوع عنه إلا أن تنتهي المدة ، وهذا هو مذهب المالكية خلافًا للجمهور في ذلك ، فللموجب حق عند الأحناف والشافعية والحنابلة في الرجوع عن إيجابه قبل صدور القبول .

وأما القبول فهو الذي يأتي ثانيًا ، وبه يتم التعاقد ، ويصح بالقول والكتابة والإشارة ، ويصح أن يكون صراحةً أو ضمنًا ؛ فالصراحة كقبلت أو اشتريت أو بعتك كما طلبت مثلًا ، والضمني كتصرف المشتري في المبيع الذي له فيه حق الخيار فهو قبول ضمني [1] .

ويصح العقد في المعاطاة كأن يدفع المشتري الثمن المحدد ثم يأخذ المشتَرى بدون كلمة لا من البائع ، ولا من المشتري ما دامت إرادة الطرفين قد تقابلت بالرضاء ، فقد نص التشريع الإسلامي على أن البيع ينعقد بالمعاطاة من الجانبين [2] ، ولو في غير الأشياء الصغيرة ، أو في المحقرات كرغيف مثلًا أو شراب محدد ثمنه أو أي شيء من

(1) يقابل هذا النص المادة 89 من القانون المدني المصري ، ولفظها :
1 – التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفًا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على المعنى المقصود .
2 – ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا . إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا ولا تختلف هذه المادة في مضمونها مع ما جاء في المادة 75 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، كما أنها تتفق مع المادة 79 من التقنين العراقي ، والمادة 92 من التقنين الأردني . والمادتين 34 ، 35 من التقنين المدني الكويتي . وهي مستمدة من الفقه الإسلامي ، فقد نصت المادة 346 من مرشد الحيران على أنه « كما ينعقد البيع بالإيجاب والقبول خطابا يصح انعقاده بهما تحريرًا أو مكاتبة ... وينعقد البيع أيضًا بالإشارة المعروفة للأخرس « ونصت المادة 347 على أنه « يصح انعقاد البيع بالتناول والتعاطي » ونصت المادة 173 من المجلة على أنه « كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضًا » ونصت المادة 174 من المجلة على أنه « ينعقد البيع بالإشارة المعروفة للأخرس » ونصت المادة 175 من المجلة على أنه « حيث إن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين فيبتعد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ويسمى هذا بيع التعاطي » . انظر أيضًا المبسوط جـ 12 ص 108 ، 109 ، البدائع جـ 5 ص 133 – 135 . بداية المجتهد جـ 2 ص 141 . المغنى جـ 4 ص 4 ، 5 وانظر فيما يتعلق بقبول الإشارة من غير الأخرس ، الزرقاني جـ 5 ص 4 المذكرة الإيضاحية للتقنين الحالي) .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 17 ، 18) .
(2) القاعدة الفقهية أن السكوت في معرض الحاجة بيان يدل على القبول إذا اقترن بما يدل على القبول كتسلم البضاعة ، فإنه يعد قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط ، وقد نصت المادة 67 من المجلة العدلية على هذه القاعدة . وهي تطابق الفقرة الأولى من المادة 81 من التقنين العراقي ، والفقرة الأولى من المادة 95 من التقنين الأردني ، وتطابق في الجزء الأخير منها الفقرة الأولى من المادة 35 التقنين المدني الكويتي ، انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم 78 .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 19) .

هذا النوع فلا خلاف في جوازه ، وأما الأشياء الكثيرة الثمن كأرض وبيت مثلًا ففيها خلاف ، والراجح جوازه حتى في غير المحقرات (مذهب مالك) [1] .

ومتى تم الإيجاب والقبول فقد انعقد البيع مثلًا فإن قال المشتري : لم أرد الشراء فإن لم يحلف لزمه [2] ، ومحل حلفه حيث لم يرض بعد رضاء الآخر . فإن كان قبل رضاء الآخر فله الرد ولا يمين . ولا يضر الفصل بين الإيجاب والقبول إلا أن يخرجا عن البيع لغيره عرفًا . وللبائع إلزام المشتري بالبيع في المزايدة ، ولو طال الزمن أو انفض المجلس تبعًا للعرف .

اللحظة التي يتم فيها التعاقد ويوجد العقد : وقت تقابل الإيجاب – وهو العرض – مع القبول يوجد العقد ، وتترتب عليه آثاره فإن كان المتعاقدان في مجلس واحد فمكان وزمان العقد هو المجلس ووقت القبول ، وإن كان التعاقد بالتليفون أو بالتلغراف فينعقد متى أجاب الطرف الثاني بالقبول كتاجر في رشيد وآخر في أسيوط [3] أرسل إليه تلغرافًا ، يطلب خمسين أردبًّا أرزًا بمئتى جنيه فرد تاجر رشيد بعنا ، ومرسلة بالسكة الحديد ، فقد تم البيع وقت أن قال الرشيدى : بعنا فلزم كلاًّ ما تعهد به ، وبالطبع لم يعلم تاجر أسيوط إلا بوصول الرد ولكن الرد لبيان الحال الذي تم عليه العرض هل قبل أم رفض ، لا لزوم البيع وانعقاده فقد انعقد . ولزم وقت القبول فيتحدد بوقت رد التلغراف وفيه الساعة والدقيقة واليوم [4] .

---

(1) قال الدردير عن صيغة العقد باعتبار كل « ما دل على الرضا من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين ، أو أحدهما » . الشرح الصغير جـ 3 ص 1 . وجاء في مواهب الجليل للحطاب (228/4) ينعقد البيع بما يدل على الرضا ، وإن بمعاطاة ، وذهب مالك « رحمه اللّه » وجماعة إلى الاكتفاء بذلك ، وذهب جماعة من أهل العلم إلى أنه لا ينعقد إلا بالقول ، وقال ابن رشد في المذهب : اتفق الفقهاء على انعقاده باللفظ الدال على الرضا ، واختلفوا في انعقاده بالمعاطاة فذهب مالك إلى انعقاده بها مطلقًا ، ومنعه الشافعي مطلقًا ، وقال أبو حنيفة : ينعقد بها في المحقرات خاصة ، وإليه مال الغزالي . انتهى ملخصًا .

(2) جاء في الشرح الصغير قوله : « فإن قال المبتدئ بالمضارع أو بالأمر منهما أنا لم أرد بذلك إنشاء البيع ، وإنما قصدى الإخبار أو الهزل صدق بيمين ، فإن لم يحلف لزم البيع » . انتهى ملخصا من الشرح الصغير (2/3) .

(3) أسيوط : هي إحدى محافظات الصعيد ، تقع بين محافظتي المنيا وسوهاج وتنقسم إداريا إلى ثمانية مراكز أهمها أبو تيج والعاصمة أسيوط انظر : القاموس السياسي – لأحمد عطية ص 91

(4) قال الدردير عن الرضا : وبالتبادل : وإن كان ما يدل عليه معاطاة من الجانبين ، ولو في غير المحقرات كالثياب والرقيق ، بأن يدفع المشتري الثمن أو يدفعه له البائع ، وعكسه كاشتريتها فإنه ينعقد كما ينعقد بقول المشتري ابتداءً للبائع اشتريتها . الشرح الصغير جـ 3 ص 1 .

فإن تأخر الرد وقتًا يمكن أن يصل فيه ولم يصل الرد بالقبول فللموجب التصرف فيما عرضه متى كان العرف التجاري لا يمنعه من ذلك ، كأن تأخر الرد يومين مثلًا ، وإنما على الموجب إخبار الطرف الثاني بسحب عرضه قبل أن يجيب المعروض عليه بالقبول ، ما دامت لم تمض المدة المتعارف عليها تجاريًا ثم يتصرف [1] .

ومتى قبل المعروض عليه انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري ، ووجب في ذمته دفع ثمنه للبائع ، وضمان المبيع من المشتري إن لم يكن فيه حق توفية كالمكيل والموزون والمعدود فضمان ما فيه حق توفيه من البائع حتى تتم التوفية ، وإن كان قد دخل في ملك المشتري ، وفرق بين الملكية والضمان [2] .

وإن كان القبول بخطاب صح ، ووقت القبول هو وقت تحرير الكتاب ، فالكتاب دليل على حصول القبول وقت كتابته فوصوله لا يوجد القبول ، ولكن يؤيده ويثبت صدوره في وقت كذا . وعلى كل حال فمتى علم القبول مطابقًا للإيجاب تم البيع ولزمه من وقت الإيجاب ، فلو مات أحد الطرفين لزم ورثته ما التزم به فإن كان بائعًا لزمهم الوفاء بما باعه للمشتري ، وإن كان مشتريًا لزمهم دفع الثمن واستلام المبيع . وإن خرج أحد المتعاقدين عن أهلية التعاقد فما تم حال الأهلية ، فهو مؤاخذ به . فإن جن أو حجر عليه بعد القبول فقد تم البيع ، ولا

(1) يتفق الحكم بانتهاء الإيجاب إذا لم يصدر القبول فورا مع المادة 94 من القانون المدني المصري والمادة 79 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، ونصها :

1 - إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل .

2 - ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر في مجلس العقد » .

ويتفق حكم هذه المادة مع المادة 82 من التقنين العراقي ، والمادة 96 من التقنين الأردني ، وهما تنصان على : « المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس . فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك » . وتقابل المادة 46 من التقنين الكويتي . وتستند هذه المواد إلى النظرية التي أخذ بها الفقه الإسلامي في اتحاد مجلس العقد .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 18 ، 19) .

(2) راجع مذهب المالكية ، في افتقار العقد إلى إيجاب وقبول ، وفي لزوم البيع والعقود بصدور كل لفظ وإشارة مما يفيد الإيجاب والقبول .

التاج والإكليل جـ 4 ص 228 ، الشرح الصغير ص 2 ، وما بعدها مواهب الجليل للحطاب جـ 4 ص 231 .

كلام لأحد فيه إلا إذا ثبت ما ينقضه شرعًا [1] .

ومكان البيع في حالة انعقاده بالكتابة هو مكان البائع وكأن هذا شرط ضمني مدخول عليه متى جرى العرف التجاري بذلك ، فإن التاجر الذي يبيع وهو في رشيد إلى آخر في أسيوط لا يريد أن يتقاضى في أسيوط محل إقامة المدعى عليه فيتحمل نفقات ومشقات لا داعي إليها ، وإنما باع على أن يكون التقاضي في دائرة عمل تجارته والتجار يشترطون هذا في معاملتهم وكمبيالاتهم فيزيدون (والدفع والتقاضي محل ما يريد الطالب أو في محل إقامة الطالب) ومتى وجد شرط عُمِل به في مثل هذا وإن لم يكن نص عُمِل بما تعارف عليه التجار .

انعدام الإرادة :

يشترط في المتعاقدين التمييز [2] بأن يكون إذا كلِّم أحدهما بشيء من مقاصد العقلاء فهمه وأحسن الجواب عنه ، فالصبي غير المميز لصغر والمغمى عليه والمجنون والسكران بحلال أو عن جهل لا يلزمهم عقد ولا يصح منهم اتفاقًا [3] .

(1) يسقط التعبير عن الإرادة إذا كان من صدر منه أو وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته قبل ارتباط الإيجاب والقبول . وهذا هو منصوص المادة 75 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، ويختلف ذلك عما أخذ به المؤلف المتابع للمذهب المالكي في الحكم بمسؤلية من صدر منه التعبير عن الإرادة وهو كامل الأهلية ، ثم فقد هذه الأهلية قبل أن ينتج التعبير أثره القانوني . والمذهب المالكي جار على هذا الرأي ، انظر : الزرقاني 65/5 . وقد أخذ القانون المدني المصري بهذا الرأي ، وذلك فيما نصت عليه المادة 92 من هذا القانون . أما المشروع فقد أخذ برأي الجمهور وانتهى إلى عدم ترتب الآثار القانونية للتعبير إذا فقد الشخص أهليته فيما بين صدور الإيجاب والقبول . انظر : بدائع الصنائع : 228/5 ، 20/6 ومغني المحتاج 6/2 والمغني لابن قدامة 483/3 .

(2) اشتراط تمييز المتعاقدين هو منصوص المادة 95 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، ونصها : « ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة » . ويتفق ذلك مع ما جاء في المواد 110 من القانون المدني المصري ، و 96 عراقي و 86 كويتي و 966 من المجلة العدلية و 269 من مرشد الحيران ، والمادة 96 من مشروع القانون المدني ، طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها :

1 – إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررًا محضًا .

2 – أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون موقوفة لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقًا للقانون .

(3) شرط صحة عقد عاقد البيع ، وهو البائع ، والمشتري التميز وهو إذا كلم بشيء من مقاصد العقلاء فهمه ، وأحسن الجواب عنه ، فلا ينعقد من غير مميز لصبا أو جنون .. الخرشي على مختصر خليل (8/5) .

والمراد بالسكر كل ما غيب العقل من مرقد أو مخدر أو مائع ، وأما السكران الذي عنده نوع تمييز فبيعه صحيح قطعًا لكنه لا يلزم ، لأن إرادته غير كاملة كسائر عقوده ، وإقراراته إلا في الطلاق والعتق والحدود والجنايات ، فتلزمه ؛ لأن الطلاق يجب أن يصان عن العبث ، والعتق قد شوق إليه المشرع ، والحدود ؛ لأن فيها حفظ النفس والعرض والمال وكذا الجنايات [1] .

وأما السكران بحرام ففي صحة عقوده وعدم صحتها تردد .

ويشترط عدم وجود خطأ مادي في الشيء المباع ولا خطأ في طبيعة نفس العقد ، فإن باعه حصانًا خاصًا فظن أنه باعه آخر فقبل (وهذا يدخل في اختلاف المتبايعين [2] وسيأتي حكمه في الاختلاف في الثمن والمثمن) أو باعه حصانًا فظن أنه وهبه له فلم تلتق الإرادتان في عقد واحد [3] فلا يصح .

والغلط لا يفسد البيع إن سمي باسم عام كبعني هذا الحجر أو هذا الفص أو هذا الشيء مع الجهل بحقيقته الخاصة ، وهو يعلم شخص المبيع كأن يبيع هذا الحجر بدرهم فإذا هو ياقوتة تساوي ألفًا سواء أكان الغلط المذكور من المتبايعين أم من أحدهما مع

---

(1) في اشتراط التمييز عن المالكية لانعقاد العقد وأنه لا يصح من غير مميز لصغر أو جنون أو إغماء أو سكر ليس بحرام ، وكذا بحرام إما اتفاقًا أو على المشهور انظر الشرح الصغير جـ 3 ص 2 .

(2) لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط موافقة القبول للإيجاب وتطابقهما ، أما إن زاد القبول على الإيجاب أو قيده أو عدل فيه اعتبر دلك رفضًا يتضمن إيجابا جديدا . وهذا هو منصوص المادة 82 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 99 من الأردني والمادة 43 من المدني الكويتي والمواد 177 – 180 من مجلة الأحكام العدلية وبدائع الصنائع 136/5 وحاشية ابن عابدين 4/3 .

(3) هذا هو منصوص المادة 99 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية . والمادة 107 من التقنين العراقي التي تقول : « المعتوه هو في حكم الصغير المميز » . وكذلك المادة 108 من هذا التقنين التي تقول : المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز . أما المجنون غير المطبق فإن تصرفاته في حالة إفاقته كتصرفات العاقل » . وهو ما جاءت به المادة 128 من التقنين الأردني التي تقول :

1 – المعتوه هو في حكم الصغير المميز .

2 – المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة إفاقته كتصرف العاقل » . وتقابل المواد 978 ، 979 ، 980 من المجلة والمادة 269 من مرشد الحيران ، والمواد 88 ، 99 ، 100 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 99) .

علم الآخر ، ومحل هذا إذا كان البائع غير وكيل وإلا فلموكله الرد قطعًا .

وإن سمى المبيع بغير اسمه كهذه الزجاجة فإذا هي زبرجدة أو بالعكس ثبت الرد قطعًا ، أما الإرادة فهي اتجاه النفس الداخلي إلى شيء معين ، ولا يعلمها أحد سوى صاحبها ، وإنما يعبر عنها بقول أو كتابة أو إشارة فالإرادة أمر داخلي في قرارة النفس والمعاملات والالتزامات يجب أن تكون مرتبة بما يعرفه المتعاقدان معًا ، فطريقة معرفة إرادة الطرفين هي ما أظهراه من شروط وبنود في تعاقدهما [1] .

فإن أخطأ أحد المتعاقدين في سبب التعاقد فلا يكون ذلك سببًا لبطلان العقد . والمراد بالسبب الباعث على البيع مثلًا . وأما السبب في عرف القانون الوضعي فهو غير الباعث لأن سبب البيع هو التزام كل طرف للآخر ، فالتزام البائع بتسليم المبيع ونقل ملكيته إليه والتزام المشتري بدفع الثمن هو السبب المباشر ، فإذا أخطأ أحد الطرفين في السبب المباشر فلا أدري كيف لا يبطل البيع ، وقد اختل ركن من

---

(1) تناولت المادة 106 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية أحكام الغلط في التعاقد بما لا يخرج كثيرا عما جاء في المادة 121 من القانون المدني المصري ولفظها :

1 - يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدًا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط .

2 - ويعتبر الغلط جوهريًا على الأخص :

(أ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما يجب في التعامل من حسن النية .

(ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

وقد تناولت أحكام الغلط في العقد المادتان 117 ، 118 من التقنين المدني العراقي . فالمادة 117 من هذا التقنين تجمع بين الغلط المانع من انعقاد العقد والغلط الذي يجعل العقد موقوفًا على إجازة العاقد ، حيث تنص على ما يأتي :

1 - إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشارا إليه فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه ، وإن اتحد الجنس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوبًا فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفًا على إجازة العاقد .

2 - فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع . ولو بيع هذا الفص ليلًا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر أو بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفًا على إجازة المشتري . وهذه المادة تطابق في حكمها المادة 301 من مرشد الحيران ، والمادتين 208 ، 310 من المجلة .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 26) .

اتفاق الإرادتين [1] .

فلو اشترى بيتًا لسكناه فوجده لا يصلح للسكنى لأنه بعيد عن محل عمله ، أو لأنه في وسط لا يليق به أو لأنه لا يسع عائلته ، فهذا خطأ في السبب الباعث ، فلا يبطل البيع ولزم العقد .

وأما الخطأ في جوهر المادة المتعاقد عليها فيرجع إلى اختلاف المتبايعين في جوهر المبيع فإن اختلفا فيه تحالفا وفسخ البيع ، وسيأتي بيانه في محله ، فالخطأ ليس مبطلًا في ذاته ، وإنما قد ينتج الإلغاء عند الاختلاف .

---

(1) اختلف الفقهاء في تحديد ماهية السبب فمنهم من يعتبره ركنًا في الالتزام ومنهم من يعتبره ركنًا في العقد . ومنهم من يعتبره من عناصر الإرادة ، وهذا الرأي الأخير رغم صحته لا يفصل في الخلاف لأن السبب أيا كان وضعه يعتبر من عناصر الإرادة ؛ إذ الإرادة المعتبرة قانونا تتجه إلى التعاقد يحدوها غرض تهدف إليه أو باعث تتحرك بدافع منه ، والصحيح ما يراه فريق من أن للالتزام سببًا وللعقد سببا آخر ، فكل السببين يتميز عن الآخر . ويظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المادة 194 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني إذ تقول : « يميز بين سبب الموجب وسبب العقد » كما نصت المادة 200 من هذا التقنين على « أن سبب العقد يكون في الدافع الشخصي الذي حمل العاقد على إنشاء العقد وهو لا يعد جزءًا غير منفصل في العقد بل يختلف في كل نوع من العقود وإن تكن من فئة واحدة » . ونصت المادة 201 من هذا التقنين على أنه « إذا كان سبب العقد غير مباح كان العقد باطلًا أصلًا » . كما يظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المادتان 165 ، 166 من التقنين الأردني : فالمادة 165 من هذا التقنين تتحدث عن سبب الالتزام فتقول :

1 - السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد .

2 - ويجب أن يكون موجودًا وصحيحًا ومباحًا غير مخالف للنظام العام أو الآداب » .

والمادة 166 من هذا التقنين تتحدث عن سبب العقد فتقول :

1 - لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه .

2 - ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك (م 305 من مرشد الحيران) فسبب الالتزام الغرض المباشر المجرد الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فهو عنصر موضوعي ، وداخل في العقد ، ولا يتغير في النوع الواحد من العقود . أما سبب العقد فهو الباعث الدافع إلى التعاقد ، أي الباعث الرئيسي الذي جعل المتعاقد يقدم على إبرام التصرف . وهذا الباعث يختلف بطبيعة الحال من شخص إلى آخر فيتغير في النوع الواحد من العقود . فهذا يبيع ؛ لأنه في حاجة إلى مال ينفقه في أغراض معيشته ، وذاك يبيع ؛ لأنه يريد أن يشتري بالثمن شيئًا آخر . وفي هذا يختلف سبب العقد عن سبب للالتزام . (انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 35) .

بند [76] مادة التعاقد

القانون الفرنسي : نظريًّا مادة التعاقد هي الالتزام ، ومع ذلك فقد عرفها القانون المدني في المادة 1126 بقوله (مادة التعاقد توجد في شيء مادي أو فعل شيء أو امتناع عن عمل) ، وهي أقرب إلى مادة الالتزام منها إلى مادة التعاقد .

حالة وجود مادة التعاقد في شيء مادي : الشروط الواجب تحققها إذا كانت مادة التعاقد شيئًا تعهد أحد الطرفين للآخر بنقل ملكيته أو باستعماله أو بوضع اليد عليه فيجب لوجود التعاقد ثلاثة شروط :

أولًا : يلزم وجود الشيء المتعاقد عليه وقت التعاقد ، فإذا تلف وقت التعاقد كلية لم يوجد عقد ، ومع ذلك يجوز بيع شيء يوجد مستقبلًا كبيع مزروع قبل تمام نضجه ، فلا يجوز التعاقد في شيء يختص بميراث مستقبل حتى ولو رضي المورث نفسه بذلك .

ثانيًا : يلزم وجود الشيء المتعاقد عليه في السوق ليمكن التعاقد على بيعه ، فإذا كان الشيء المبيع غير قابل للتملك أو كان من الحقوق العينية المتعلقة بشخص خاص فلا يكون محلًّا للتعاقد ، كذلك أملاك الدولة العامة ، حيوانات مصابة بمرض معد ، حالة الشخص المدنية ، أهلية الشخص ، الوظائف العامة ، كل هذا ليس محلًّا للتعاقد .

ثالثًا : يلزم أن تكون المادة المتعاقد عليها محدودة على الأقل في نوعها ، فبيع حيوان أيًّا كان لا يصح .

حالة ما إذا كانت المادة محل التعاقد عملًا أو امتناعًا ، وفي هذه الحالة لا ينعقد الكنتراتو إلا إذا تحققت [1] ثلاثة شروط : إمكانه ، قانونيته ، منفعة الدائن .

أولًا : يلزم أن يكون العمل أو الامتناع ممكنًا ، فيجب أن لا يكون مستحيلًا استحالة عامة مطلقة لا استحالة خاصة بالنسبة للمدين .

ثانيًا : يلزم أن يكون العمل أو الامتناع عنه قانونيًّا ، فيجب أن لا يكون ضد القانون ، ولا ضد الآداب العامة .

ثالثًا : يلزم أن يكون العمل أو الامتناع عنه مفيدًا إلى الدائن ، وإلا فلا يحق

---

(1) في الأصل : [تحققت] .

للدائن طلب تعويض عند عدم التنفيذ للالتزام الناتج عن التعاقد ؛ لأنها مرتبطة بوجود الفائدة للدائن [1] .

بند [77] التشريع الإسلامي

مادة التعاقد : هي ما اتفق الطرفان المتعاقدان على تحصيله ، فعقد البيع الذي تم لمشتري بيت أو دابة نظير مبلغ كذا اتفق البائع فيه على تمليك البيت أو الدابة نظير الثمن ، واتفق المشتري على بذل الثمن من جانبه نظير الحصول على المبيع ، فيمكن أن يقال إن مادة التعاقد هي الثمن والمثمن .

فشروط صحة العقد لتمليك ذات أو منفعة في الثمن والمثمن خمسة :

1 - أن يكون طاهرًا أو يمكن تطهيره ، واختلف في روث الدواب وزبل الحمام ، والعذرة والدم ولحم الميتة وجلدها وزيت تنجس وثوب نجس إلخ فقال بعض المتشرعين بالمنع وبعضهم بالإباحة وبعضهم قيد الإباحة بالضرورة ، فإن [2] دعت إليها ، واستعملها الناس في سماد زرع أو في تزييت آلة ، أو فيما هو لازم لصناعة مثلًا جاز البيع .

2 - أن يكون الانتفاع به انتفاعًا شرعيًا من مقاصد العقلاء ، فلا يصح بيع ما بلغ حد النزع من الحيوان بحيث لا يدرك بذبح لو كان مباح الأكل لعدم الانتفاع به [3] . وأما الحيوان المريض فلا مانع من بيعه على أنه مريض مالم تنزل به أسباب الموت ، فإن كان ينتفع به لسماد أو غيره ففيه الخلاف السابق [4] .

---

(1) انظر : البنود من 1126 إلى 1130 ، في الفصل الثالث ، من الباب الثاني من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 251 ، 252 .

(2) اشترط المالكية وغيرهم الطهارة لصحة العقد ؛ فلا يصح بيع نجس ، ولا متنجس لا يمكن تطهيره كدهن تنجس . الشرح الصغير جـ 3 ص 5 ومواهب الجليل جـ 4 ص 258 والتاج والإكليل جـ 4 ص 258 .

(3) نص المالكية على أنه لا يباع محرم الأكل إذا أشرف على الموت لعدم النفع به . الخرشي على مختصر خليل (15/5) .

(4) قال الدردير : في شروط صحة المعقود عليه « وانتفاع به شرعًا فلا يصح بيع آله لهو » . وكذلك النجس المنتفع به ، كزبل الناس والحيوان ففيه الخلاف . قال المواق : قال ابن يونس : كره مالك بيع العذرة وهي رجع الناس ليزبل بها الزرع أو غيره ، قال ابن القاسم ولا بأس بأكل ما زُبل بها قال : لم أسمع من مالك في زبل الدواب شيئًا إلا أنه عنده نجس ، ولا أرى أنا ببيعه بأسًا . الشرح الصغير جـ 3 ص 4 ، التاج والإكليل جـ 4 ص 258 .

3 - غير منهي عن بيعه [1] ، ويدخل فيه كل شيء لا حق للشخص في التعاقد عليه كأملاك الدولة ، وحالة الشخص المدنية والوظائف العامة ، والمغصوب [2] ، وبيع النجس إلخ [3] ، وإن كان بعض الفقهاء يقصره على نوع معين من التعاقد [4] .

4 - مقدورًا على تسليمه [5] فلا يجوز بيع سمك في البحر ولا طير في الهواء ، ولا وحش في الفلاة ، وأما ما كان مقدورًا على تسليمه بمشقة فلا مانع من بيعه كالبقر والجاموس الذي يترك في المرعى ليلًا ونهارًا بلا ربط ، فيجفل [6] من الناس ، ويمكن إمساكه ، ولكن بمشقة فيجوز بيعه . ولا يباع عبد آبق ولا حيوان شارد لعدم القدرة على التسليم [7] . فإن كان الحيوان والعبد تحت يد سلطان ظالم أو شخص مشهور بالعداء ، وكان في استخلاصه خصومة ونزاع فلا يجوز بيعه لعدم القدرة على تسليمه إلا بخصومة وهو منهي عنه [8] .

5 - عدم جهل به فلا يصح بيع مجهول الذات ، ولا القدر ولا الصفة [9] فلا يجوز البيع على البت بما يظهر من السعر بين الناس اليوم أو غدًا . وأما بيع الصبرة (الكوم) المجهولة القدر كل صاع بكذا فهو بيع صحيح [10] .

(1) « نص المالكية على أن مما يشترط في المعقود عليه ألا يكون منهيا عن بيعه فيجوز بيع ما لم ينه عن بيعه لا مانهي عنه » مواهب الجليل (267/4) .

(2) مواهب الجليل (268/4) .

(3) جاء في الشرح الصغير قوله : « فلا يباع كزبل لنحو حمار لنجاسته ، فأولى عذره ، ودم ، ولحم ميتة ، وجزم بعضهم بجواز بيع الزبل للضرورة » الشرح الصغير (4/3) .

(4) قال الدردير : في شروط صحة المعقود عليه عدم نهي عن بيعه لا ككلب صيد .

وقال المواق : وعدم نهي قال ابن شاس : في معنى مالا منفعة فيه : ما كانت فيه منفعة إلا أنها محرومة بالشرع إذ المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًا . الشرح الصغير جـ 3 ص 4 ، التاج والإكليل للمؤاق جـ 4 ص 267 .

(5) قال ابن عرفة : يطلب في المعقود عليه أن يكون مقدورًا على تسليمه . التاج والإكليل (268/4) .

(6) جفل : والجفول سرعة الذهاب والندود في الأرض يقال : جفلت الإبل جفولًا إذا شردت . لسان العرب مادة جفل 643 .

(7) انظر : التاج والإكليل (268/4) حيث جاء قوله : بيع الآبق ، ولو قربت غيبته ممنوع ، وكذا الشَّارد ، وما نَدَّ ، وضل .

(8) ذكر الدردير : في شروط صحة المعقود عليه والقدرة على تسليمه لا طير في الهواء ولا وحش في الفلاة . الشرح الصغير جـ 3 ص 4 ، مواهب الجليل للحطاب جـ 4 ص 267 ، 268 ، التاج والإكليل جـ 4 ص 268 .

(9) نقلًا عن الشرح الصغير (4/3) .

(10) ذكر الدردير من شروط صحة المعقود عليه عدم الجهل به فلا يصح بيع مجهول الذات ولا القدر ولا الصفة . الشرح الصغير جـ 3 ص 4 ، التاج والإكليل جـ 4 ص 268 .

فَعِلم الجملة والتفصيل يصح به العقد وجهلهما يبطله ، وجهل الجملة فقط مع العلم بالتفصيل يصح وجهل التفصيل مع العلم بالجملة يصح .

بيع الحب في سنبله أو القت أو التبن :

أحوال بيع الزرع خمسة ؛ لأنه إما قائم أو غير قائم ، وغير القائم إما قت وإما منفوش ، وإما في تبن وإما مخلَّص (مذرًّى) [1] .

والبيع إما للحب وحده وإما للسنبل بما فيه من الحب ، فإن كان المبيع الحب وحده ، فيجوز بالكيل في الأحوال كلها ، ويجوز جزافًا من المخلَّص فقط دون غيره .

وإن كان المبيع السنبل بما فيه من الحب جاز بيعه جزافًا في القت ، والقائم دون المنفوش ودون ما في تبنه ما لم يكن رآه وهو في سنبله قائمًا وحزَرَه ، وإلا جاز فيهما ، ويستثنى من معرفة القدر تحديدًا الجزاف ، وهو بيع مكيل أو معدود أو موزون جملة واحدة (كومة واحدة) بالشروط الآتية :

(1) أن يراه المشتري حال العقد .

(2) ولم يكثر المبيع جزافًا (جملة) جدًّا بحيث يتعذر تقديره تقريبًا .

(3) أن يجهل المتعاقدان قدره تحديدًا .

(4) أن يحرزاه بالفعل (أي يقدراه بالفعل) كخمسة أرادب مثلًا .

(5) وأن تكون أرضه الموجود عليها مستوية لا مرتفعة ولا منخفضة .

(6) ولم يمكن عده بلا مشقة .

(7) ولم تقصد أفراده إلا أن يقل ثمنه ، وألا يتعاقدا عليه مع مكيل .

فمتى اجتمعت هذه الشروط في صبرة (كومة) كقمح مثلًا صح بيعه جزافًا بدون كيل .

ويجوز بيع القمح بعد يُبسه في سنبله قبل حصاده ، وبعده في قته إذا لم يتأخر

---

(1) قال الدردير : فالحاصل أن للزرع خمسة أحوال قائم بالأرض ، وغير قائم ، وغير القائم إما قش وإما منفوش ، وإما في تبنه في الجرين وإما خالص بعد التذرية ، فبيع الحب خاصة جائز في الجميع إن وقع بكيل وبيعه بقشه يجوز جزافًا فيما عدا المنفوش ، وكذا بيع الصبرة جزافًا بشروط الجزاف . الشرح الصغير جـ 3 ص 8 ، التاج والإكليل جـ 4 ص 275 .

تمام حصده ودرسه وذره أكثر من خمسة عشر يومًا [1] .

ولا يجوز بيع الزرع قبل بُدوٍّ صلاحه [2] إلا أن يكون مرادًا لذلك ، وسيأتي تفصيله . وأما وجود الثمن والمثمن بالفعل وقت التعاقد فليس بشرط لجواز البيع سلمًا كأن يبيع عشرين قنطارًا قطنًا بمبلغ معين لكل قنطار على أن يسلمها للمشتري في أكتوبر مثلًا ، وكان البيع في يناير ، أو يتعاقدا على بيع ثور مثلًا بيعًا باتًّا الآن بعشرة أرادب أرزًا يابانيًّا مؤجلة إلى سبتمبر موسم الأرز فالعقد صحيح فيهما [3] .

فإن كان التعاقد الآن على شيء يسلم الآن فيجب وجود هذا الشيء وقت التعاقد ليصح البيع ، فإن كان البيع على رؤية سابقة على وقت العقد جاز البيع [4] وصح بشرط ألا يتغير المبيع عادة بعد الرؤيا إلى وقت العقد . فإن كان يتغير بعدها ، فلا يجوز البيع على البت بل يجوز على خيار الرؤية . فإن لم تدرك الصفقة المبيع في البيع البات لم ينعقد ما دام على شيء بعينه ، فإن تلف بعضه فالمشتري بالخيار كما سيأتي في البيع [5] .

---

(1) صحح الدردير بيع الجزاف بشروط سبعة هي :

1 - رؤيته حال العقد أو قبله ، أو استمراره على حاله لوقت العقد .

2 - ولم يكثر جدًّا . 3 - وجهلا قدر كيله .

4 - وحزراه أي خمّنا قدره عند إرادة العقد عليه . 5 - واستوت أرضه .

6 - وشق عده . 7 - ولم تقصد أفراده بالبيع .

الشرح الصغير جـ 3 ص 9 ، 10 .

(2) وأما بيع الثمار ، فإنه ثبت عنه (عليه الصلاة والسلام) أنه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها ، وحتى تزهي . ويتعلق بذلك مسائل مشهورة ذكرها ابن رشد في بداية المجتهد (149/2) .

(3) قال ابن عبد البر : ولا يجوز بيع ثمرة في رؤوس النخل ، والشجر على الترك إلى الجذاذ والقطاف حتى يبدو صلاحها . الكافي لابن عبد البر ص 332 ، وقال ابن عسكر « لا تباع الثمرة قبل زهوها إلا مع أصلها أو على القطع » . إرشاد السالك إلى أشرف المسالك ص 94 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 149 .

(4) وجاز على رؤية بعض المثلى . الشرح الصغير (11/3) .

(5) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 431 من القانون المدني المصري ، والمادة 397 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . ونصها : « يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التي كان عليها وقت البيع » ، وهو ما يتفق مع المادة 489 من التقنين الأردني ، والمادة 467 من التقنين الكويتي . انظر في الفقه الإسلامي : م 18 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل التي تنص على أنه « إذا وجد المشتري المبيع على غير ما رآه أو وصف له فله الفسخ على التراضي ولا يسقط خياره ما لم يوجد منه ما يدل على رضاه » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 130) .

فإن كان المبيع زرعًا قبل نضجه يعني بدو صلاحه فلا يجوز بيعه للغرر ؛ لأنه يجوز أن يَشلم [1] ويستوي ويجوز ألا يسلم ، وأما الميراث المستقبل الذي لم يستحق فلا يجوز بيعه ، ولا التعاقد عليه ؛ لأنه لم يملك بعد ، وفيه غرر لجواز أن يموت الوارث قبل مورثه فالتصرف فيه باطل ولو رضي المورث .

ويشترط في الثمن والمثمن أن يكون قابلًا للتملك شرعًا كما سبق .

فإن كانت المادة في التعاقد عملًا أو امتناعًا فيجب إمكان العمل عادة أو عرفًا ، فمن تعاقد على الصعود إلى السماء أو السير على الماء بلا سبب ، فلا ينعقد التعاقد يعني يقع باطلًا ، فإن كان مستحيلًا بالنسبة لأحد الطرفين ممكنًا للآخر صح كالاتفاق مع غواص مهنته كذلك لإستخراج ما في سفينة غرقت .

ويجب ألا يكون العمل أو الامتناع غير شرعي كالاتفاق على سرقة أو قتل ، فلا يجوز ، ولا ينعقد ، وكالاتفاق على إنكار شهادة حق أي الاتفاق على الامتناع من أدائها فهو اتفاق باطل ، وكذلك الاتفاق على عمل يخالف الآداب العامة أو الدين فهو اتفاق باطل . ويجب أن يكون العمل أو الامتناع عنه مفيدًا لأحد المتعاقدين الطالب له إفادة تدخل في تقدير العقلاء مطابقة لقواعد الشرع .

بند [78] السبب

القانون الفرنسي : السبب في الالتزام هو الغرض المباشر والملحوظ الذي يقصده المدين عن الالتزام فالسبب يختلف باختلاف العقود ، ففي العقود الملزمة للطرفين يستعمل التزام أحدهما للآخر سببًا في تعاقدهما ، فالتزام أحدهما سبب لعقد الآخر .

---

(1) مسألة بيع الثمر على الزرع قبل بدو صلاحه من المسائل التي شهر الخلاف فيها بين الفقهاء ، وقد روي « أنه ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، كما نهى عن بيع العنب حتى يسودّ وعن بيع الحب حتى يشتد وعن بيع الثمرة حتى تزهى وتنضج باتخاذها اللون أو الشكل الدالّ على هذا النضج ، وعلّل حديث النبي ﷺ لذلك بقوله ﷺ أرأيت إن منع اللّه الثمرة بم يأخذ أحدكم مال صاحبه ؟ » (نيل الأوطار : 275/5) واتفاق الفقهاء على الحكم ببطلان بيع الثمرة قيل تخلقها ، كما اتفقوا على صحة بيع ما تخلق منها ولم يبد صلاحه إذا اتفق العاقدان على قطع الثمرة في الحال ، كما اتفقوا على بطلان هذا البيع إذا جرى الاتفاق على ترك الثمرة إلى حين بدو صلاحها . راجع هذا في المغنى لابن قدامة 74/3 وبداية المجتهد 122/2 وبدائع الصنائع 139/5 وفتح القدير 105/5 وتبيين الحقائق 12/3 والمبسوط للسرخسي 197/12 .

الفرق بين السبب والباعث :

السبب هو الغرض المباشر للتعاقد الذي يقصده الملتزم ، والباعث هو الغرض البعيد ، أو السبب هو المقصد القانوني أو مجرد الالتزام ، والباعث هو المقصد المركب ، فسبب البيع مثلًا هو التزام المشتري دفع الثمن للبائع ، وسبب المشتري هو التزام البائع بنقل ملكية العين المبيعة للمشتري . أما الباعث على البيع فهو احتياج البائع لنقد يسد به دينًا أو تصفية تجارية مثلًا ليعمل عملًا آخر أو لضرورة السفر والتحول وهكذا . وينتج عمليًّا :

1 - أن السبب في جميع العقود التي من طبيعة واحدة هو واحد بينما أن الباعث في كل عقد منها يختلف عن الآخر كما عرف سابقًا .

2 - عدم وجود السبب أو السبب الخادع ، أو غير القانوني يوجد إلغاء العقد بينما أن عدم وجود الباعث أو الباعث الخادع ، أو الباعث غير القانوني لا يؤثر على العقد .

الفرق بين مادة التعاقد وسبب التعاقد :

فمادة التعاقد هي ما التزم المتعاقد بأدائها إلى الطرف الآخر كمنزل في عقد بيع منزل ، وسبب التعاقد ما تعاقد كل منهما على أدائه للآخر كالثمن في عقد البيع ، ونقل ملكية المبيع فيه ، فالمادة في عقد البيع هي الشيء المبيع ، والسبب في البيع هو الالتزام المتقابل .

إلغاء العقد لانعدام سبب التعاقد :

لا يكون التعاقد موجودًا أو يكون لاغيًا إلغاء عامًّا متى انعدم السبب ، أو كان سببًا خاطئًا أو غير قانوني .

الالتزام بغير سبب : في العقود الملزمة للطرفين كالبيع لا توجد إذا انعدم السبب فإذا انعدم الشيء المبيع وقت البيع وبالتالي انعدم السبب ؛ لأن السبب فيه تعهد البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري ، ولا مبيع [1] فلا بيع .

وفي العقود الملزمة لطرف واحد ، فإن كان سبب التعاقد غير ممكن وجوده كان العقد باطلًا كمن تعهد بسداد دين غير موجود أو كان مسددًا .

فإن تصالح الطرفان في موضوع نزاع أمام القضاء جاهلين صدور حكم قضائي في

---

(1) في الأصل : [مباع] .

نفس الموضوع كان عقد الصلح غير صحيح لانعدام السبب ، وللخطأ في السبب .

والفرق بين السبب الخاطئ والسبب المصطنع أن السبب المصطنع ما اتفق الطرفان على عدم ذكره في نص التعاقد بينهما ، ولا يوجد إلغاء التعاقد هو نفسه .

فإذا ذكر المتعاقدان أسبابًا خاطئة وأسبابًا صحيحة في عقد واحد صح العقد متى كان السبب حقيقيًا وقانونيًا .

السبب غير القانوني :

يكون السبب غير قانوني متى كان ممنوعًا بنص القانون ، أو كان مخالفًا للنظام العام أو للآداب . وهو يفترض اختلاط السبب غير القانوني مع مادة التعاقد غير القانونية كاتفاق وسيط في الزواج بين خطيبين على أن يكون له جزء نسبي بما في المهر متى تم الزواج فتم ، فالعقد باطل والزوجان غير ملزمين بتنفيذ هذا التعاقد ، وللواسطة تعويض فقط تقدره المحكمة ، والاتفاق على إيجاد منزل للدعارة غير قانوني ، والهبة والوصية لسبب غير قانوني ليست باطلة ؛ لأن السبب غير القانوني مجهول لغير الطرفين .

ويرى بعض المتشرعين أن السبب غير القانوني في مثل هذه العقود يمكن تحديده ومعرفته في الحامل على هذا التبرع بهبة أو وصية ، وبذلك يمكن إلغاء الوصية والهبة متى ثبت أن السبب والحامل للواهب غير قانوني ، وهو الجاري عليه العمل كالهبة لخليلة (صديقة) نظير متعة حاضرة أو ماضية أو مستقبلة فهي لاغية .

ودليل السبب يعلم من العقد متى كان منصوصًا عليه فيه ، فإن لم يَدُل على شيء فالرأي الغالب بين العلماء المتشرعين أن العقد غير المسبب يكون دليلًا كاملًا للالتزام ، ما عدا أنه يجوز للمدين إثبات عدم وجود سبب ، أو أن السبب غير قانوني أو أنه سبب خاطئ .

نظرية السبب وجدت في القانون الإيطالي والأسباني ، وحذفت من القانون السويسري والألماني [1] .

بند [79] السبب

التشريع الإسلامي : ما التزم به البائع هو السبب فيما التزم به المشتري ، فالتزام

(1) انظر : البنود من 1131 إلى 1133 ، في الفصل الرابع من الباب الثاني من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 252 .

أحد المتعاقدين هو السبب فيما التزم به الثاني ، ومعنى السبب في لغة التشريع الإسلامي هو الرغبة من كلا الطرفين في امتلاك العوض أو المعوض ، ويعبر عنها الطرفان بالإيجاب والقبول يعنى العوض والمعوض ، فإذا بعتك بيتًا في مقابل 100 جنيه فسبب بيعي المباشر تعهدك بدفع المائة جنيه ، وسبب قبولك دفع المبلغ رغبتك في تملك البيت ، فيقال إذًا : السبب في التعاقد من الطرفين سبب شرعي صحيح لأن الثمن والمثمن في هذا المثال يصح التعاقد عليهما شرعًا لاستيفائهما الشروط الشرعية من (طهارة ، وانتفاع به ، وكونه مباحًا ومقدورًا على تسليمه ، وكونه غير منهي عنه ، وعدم جهل به [1]) .

فإذا تقرر هذا علمنا أن تسمية العوضين في عقد معاوضة بالسبب تسمية اصطلاحية عند الوضعيين ، ولهذا حذفتها بعض القوانين ومنها القانون الألماني ، وهو أحدث التشريعات المدنية في أوربا [2] .

فإذا كان عقد العوض كالبيع والإجارة مثلًا فقدَ العوض أو المعوض وقع باطلًا لأنه فقد ركن وجوده ، فمن باع لاشيء بمبلغ معين أو باع بيتًا بلا شيء وقع البيع باطلًا [3] لعدم وجود أحد أركان البيع [4] . فإن كان العوض غير شرعي كاستئجار صديقة بكذا كل شهر أو استئجار منزل بخمر أو خنزير أو استئجار شخص لقتل آخر كان العقد فاسدًا ، ولا تترتب عليه آثاره من الوفاء بالالتزام طوعًا أو جبرًا بالقضاء .

فإذا انعدم المبيع المعين على البت وقت العقد بطل البيع ؛ لأن ركنه فُقد وهو

---

(1) أجمل الدردير شروط صحة المعقود عليه في طهارته ، وانتفاع به شرعًا وعدم نهي عنه ، وقدرة على تسليمه ، وعدم جهل به . الشرح الصغير جـ 3 ص 4 .

(2) تناولت المواد 124 ، 125 ، 126 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية أحكام السبب الباعث على الالتزام في التعاقد على النحو الذي سلفت الإشارة إليه وإلى مكانته الملحوظة في الفقه الإسلامي الذي يعترف بأثر القصود والنوايا على أساس من الاعتبارات الخلقية والدينية . انظر هذا في مصادر الحق في الفقه الإسلامي لعبد الرزاق السنهوري : 53/4 - 86 .

(3) قال الدردير البيع عقد معاوضة ، ولا يكون إلا بين اثنين بإيجاب وقبول ، وخرج بقيد المعاوضة الهبة والوصية والمعاوضة مفاعلة ، إذ كل من البائع والمشتري عوّض صاحبه شيئًا بدل المأخوذ منه . الشرح الصغير جـ 3 ص 1 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه جـ 3 ص 5 .

(4) قاعدة : من باع لا شيء بمبلغ معين أو باع بيتًا بلا شيء وقع البيع باطلًا .

المبيع[1] . وأما اتفاق وسيط في الزواج فهو عقد إجارة على عمل ، ويشترط أن يكون الأجر معلومًا والعمل محدودًا ، وأن يكون العمل مفيدًا لمن تعاقد عليه فائدة معتبرة شرعًا ، فإن توفرت هذه الشروط ، وكان مقصد الوسيط عدم التأثير بحق ، وبباطل على أحد الطرفين ، ولم يقصد غش أحد منهما حل له أخذ الأجر المحدد كخمسة جنيهات ، أو عشرة جنيهات لا بجزء من المهر ؛ لأن المهر كان مجهولًا للمتعاقدين وقت التعاقد .

ولا يبحث عن السبب الحامل على الهبة والوصية ؛ لأن حال المسلم محمول على الصلاح . فإن علم السبب فيهما ، وكان غير شرعي بطلتا ، فإن وهب لصديقة نظير متعة شهوانية أو أوصى لشاب علم سوء سيرته مع الموصي فإن العقد بينهما لا يجوز فهو فاسد ، فإذا كان البيع لجارية للرقص أو الغناء أو لعنب لعصره خمرًا أو لأرض لبنائها حانة أو بيت دعارة لا يجوز وهو فاسد ؛ فمن بابٍ أولى الهبة والوصية إذا كانتا كذلك[2] .

ومتى كان سبب التعاقد غير مذكور في العقد أو أمام شهود فالعقد صحيح في الظاهر ، يجب القضاء بمضمونه ، إلا إذا أثبت من له الحق أن السبب في الالتزام غير صحيح أو غير شرعي ، فيعمل إذن طبق المنصوص عليه شرعًا .

---

(1) اشترط المالكية وغيرهم وجود المعقود عليه وأن يكون منتفعًا به فلا يصح بيع مالا منفعة فيه ؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل . التاج والإكليل جـ 4 ص 263 ، ص 267 ، مواهب الجليل جـ 4 ص 263 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 4 .

(2) قال المواق : الهبة تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة . وقال ابن عرفة : الهبة لا لثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض . مواهب الجليل جـ 6 ص 49 ، وراجع في ذلك بداية المجتهد جـ 2 ص 329 .

(نتيجة المقارنات من بند 70 إلى نهاية بند 79)

يتفق التشريعان فيما يأتي :

الالتزامات ومآخذها ، التعاقد (الكنتراتو) ، البيع يتم بالتعاقد وتنتقل ملكية المبيع بمجرد التعاقد ، ترتيب التعاقد ، عقد القبول ، عقود العمل ، شروط وجود وصحة العقود ، إرادة المتعاقدين ، العرض والقبول ، لحظة إتمام العقد ، مكان انعقاد العقد ، مادة التعاقد وشروطها ، بيع الحب في سنبله أو القت أو التبن ، بيع الميراث قبل قبضه ، السبب إلغاء العقد لانعدام سببه (الثمن أو المثمن) ، السبب غير القانوني .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

بيع نظير ترتيب معاش مدى الحياة باطل شرعًا وجائز وضعًا ، القرض والهبة والصدقة تملك بالعقد شرعًا ، وإن لم تقبض ولا يتم إلا بالقبض وضعًا ، عقد التأمين على الحياة باطل شرعًا وجائز وضعًا .

بند [80] العقود العلنية

القانون الفرنسي : المحقق في التشريع الحديث أن الالتزامات تتم وتوجد وتنعقد بإرادة المتعاقدين فقط ، ولكن لبيان شروط العقد يتعين تحريرها ، ولتكون دليلًا عند إنكار التعاقد فقط حتى إنه يمكن إثبات التعاقد بالاعتراف واليمين ، ولكن استثنى القانون بعض العقود فاشترط لوجودها أن تكون علنية وهي :

1 - الزواج : فيجب حضور مسجل العقود المدني المختص .

2 - التبني : الذي يفرض تدخل القضاء .

3 - عقد ترتيب أموال الزوجين الذي يجب أن يكون بمعرفة مسجل العقود .

4 - الهبة . 5 - عقد الرهن .

6 - حلول شخص دائن محل دائن آخر أقرض مدينه ما عليه لهذا الدائن فدفعه له وحل محله .

7 - حلول شخص محل الراهن أو تنازل الزوجة عن زوجها في الرهن القانوني .

في جميع هذه العقود ما عدا الأول والثاني تتحقق العلنية فيها بحضور مسجل العقود وتحريرها بمعرفته ، وجعلها القانون علنية لخطورتها ، فوضع القانون مع المتعاقدين رجلًا مجربًا خوفًا من الغش والتحايل فيها ، وجعل القانون عقاب من خالفه في العلنية في هذه العقود عدم وجودها فلا تترتب عليها آثارها [1] .

بند [81] التشريع الإسلامي

المحقق في التشريع الإسلامي منذ 1362 سنة أن الالتزامات تتم وتوجد وتنعقد بإرادة المتعاقدين [2] ، ولكن من باب الاحتياط من نسيان أو لخوف الإنكار أو الاختلاف في شروط التعاقد يتعين الإشهاد في بعضها ، ويستحب في البعض

---

(1) انظر : بند 63 ، في الباب الثالث ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الأولى ، والبندين 353 و 358 في الفصل الثاني ، من الباب الأول ، من الكتاب الثامن من المقالة الأولى ، وبند 1399 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الخامس من المقالة الثالثة ، وكذلك بند 931 ، في الفصل الأول من الباب الرابع من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة وبند 2074 ، في الباب الأول من الكتاب السابع عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي .

(2) راجع تعريف الفقهاء للعقد بأنه ما يتوقف على إيجاب وقبول . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ 3 ص 5 .

الآخر ، فإن ألزمه ولي الأمر لزم ووجب العمل به [1] .

هذه دعواهم من قولهم : (المحقق في التشريع الحديث أن الالتزامات تتم ، وتوجد بإرادة المتعاقدين إلخ [2]) يالله من قول الزور ودعوى الباطل ، وعدم الاعتراف بالحق والفضل لأهله ، وذكر التشريع الإسلامي صاحب المبادئ الحديثة العادلة التي توافق كل عصر ، تشريع كان منتشرًا من نهاية قارة أفريقيا شمالاً وجنوبًا ، ومن آخر الهند شرقًا وبقية آسيا شمالاً وجنوبًا ، ومن جنوب أوروبا إلى ثلثيها شمالاً بما في ذلك النمسا [3] والمجر [4] وبلاد البلقان ، وجنوب روسيا [5] وأسبانيا [6] والبرتغال [7] ، وأكثر أرض فرنسا ، جميع هذه البلاد كانت تحكم بالتشريع الإسلامي ، ويعمل فيها بقوانينه ، وتنشر قواعده في العدالة بين الناس ، وقد عرفها كل العالم ، ويمضي على ذلك في نفس بلاد أوربا الغربية ستمائة سنة وأوربا الشرقية لا تزال للآن ، كل هذا ولا يذكر له اسم ، ولا أنه عنه أخذ المشرعون الحديثون ، لماذا ؟!كان الواجب إنصافه حتى علميًّا ، أو حتى تاريخيًّا !!

(1) الأمر بالإشهاد والكتابة في آية المداينة من سورة البقرة .
(2) قاعدة : الالتزامات تتم وتوجد بإرادة المتعاقدين .

(3) النمسا : قامت جمهورية النمسا الفيدرالية على أنقاض الإمبراطورية النمساوية المجرية التي انهارت إثر الحرب العظمى في عام 1919 ، والنمسا اليوم دولة عديمة السواحل تقع في قلب أوروبا . تعتمد النمسا في 90 ٪ من استهلاكها الداخلي على إنتاجها الزراعي وعاصمتها فيينا . (القاموس السياسي لأحمد عطية ص 1624) .

(4) المجر : جمهورية المجر الشعبية دولة أوروبية عديمة السواحل تقع في وسط أوروبا الشرقي ، كانت وما زالت الزراعة تحتل المركز الأول في اقتصاديات المجر ، تبلغ مساحة الأرض الزراعية 61.5 ٪ من مجموع المساحة . اشتركت المجر في غزو روسيا عام 1941 ولكنها لم تلبث أن انسحبت عام 1943 .. (القاموس السياسي عطية ص 1409) .

(5) روسيا : جمهورية روسيا السوفيتية بمثابة الجمهورية الأم بالنسبة لاتحاد الجمهوريات السوفيتية ، فهي تشمل 6.99 م.م.م . أي نحو 76 ٪ من مساحة الاتحاد ، وحيث يبلغ عدد السكان 133.7 (تقدير عام 1975) أي نصف عدد سكان الاتحاد أو أكثر ، أربعة أخماسهم من الروس والباقي يمثلون نحو 35 جنسية مختلفة ، والعاصمة موسكو .. (القاموس السياسي لأحمد عطية ص 714) .

(6) أسبانيا : تحتل أسبانيا الجزء الأكبر من شبه جزيرة أيبريا تجاورها البرتغال ، وتفصلها جبال البرانس عن فرنسا وبوغاز جبل طارق عن المغرب ، تبلغ مساحتها 694 ألف م.م . وعدد سكانها 33.8 م.ن . (تقدير عام 1970) تعتمد اقتصادياتها على الزراعة . والعاصمة مدريد . (القاموس السياسي لأحمد عطية ص 66) .

(7) البرتغال : تقع جمهورية البرتغال في الطرف الجنوبي الغربي للقارة الأوروبية ، تطل غربًا وجنوبًا على المحيط الأطلسي . المساحة 36 ألف م.م . ويعتمد اقتصاد البرتغال على الزراعة وبعض الصناعات الزراعية . كانت البرتغال دولة ملكية حتى عام 1910 . وكان نظام الحكم يقوم على أساس دستور 1933 (المعدل 1959) بانتخاب مجلس وطني ، كانت البرتغال دولة استعمارية حتى 1971 . (القاموس السياسي لأحمد عطية ص 234) .

كلًّا ، وكأنه إجماع سكوتي من جميع متشرعي أوربا ، إن هذا وحده يحمل الدليل القاطع على تضافر جميع هذه القوى قوى الشر والباطل على مناهضة الإسلام أنَّى وجد حتى ولو اسمًا ، وحتى ولو أخذت عنه أحدث القواعد في التعامل ، وحتى لو هدى الناس من الضلال والغي إلى صراط مستقيم ، إن الدين لله وحده يحفظه ويهدى إليه من يشاء ويضل من يشاء له الملك ومن في الملك ﴿ وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ ٱلنَّاسَ أُمَّةً وَٰحِدَةً ﴾ [1] لا شريك له ، وهو على كل شيء قدير .

وهكذا نحن الآن في سنة 1362 هجرية وسنة 1943 م ، وقد علا شأن الكفر والإلحاد فاحتل [2] أرض المسلمين ، وأذلهم ومكن لتشريعه منهم بل وحملهم على العمل به ، ونبذ التشريع السماوي ، ولعل اللّٰه سبحانه وتعالى يقيض للإسلام من ينصره فهو الذي أرسل به رسوله محمدًا ﷺ ، وهو القادر على كل شيء وإليه المصير .

جعل الدين الإسلامي ، والتشريع الإلهي وجود العقود بالإيجاب والقبول بلا ضميمة شيء آخر إليها سوى بعض شروط ضرورية لصحة بعضها كالزواج مثلًا ، فإن الإشهاد شرط في صحته عند بعض الأئمة [3] وعند بعضهم الإشهاد شرط عند الدخول لا في نفس العقد ، ومعنى الإشهاد إشهار أمر الزواج بين العام والخاص؛ ليعلم أمره وتترتب عليه آثاره الصحيحة ، وليس الإشهاد ولا العلنية شرطًا في صحة هذه العقود وذلك لأن [4] :

1 – الزواج أركانه إيجاب وقبول وشرطه إشهاد فتوجد حقيقة الزواج بذلك ، وتترتب عليه آثاره من نسب وتحريم وإنفاق وعدة إلخ ، ولكن كثرة تشعب الحياة الاجتماعية ، وما عرض للمجموع من نقص في الصدق ، وبعد عن الصواب جعل ولي الأمر يفكر في حفظ أساس العائلة من إنكار أو نبذ بلا أداء حق إلخ ، فأوجب تسجيل الزواج عند مسجل العقود الشخصية (المأذون) فهو قانون نظامي يجب العمل به للمصلحة العامة .

---

(1) سورة هود آيه رقم (118) .

(2) في الأصل : [فاستعمر] وقد غيَّرت لأن الاستعمار هو طلب العمار وهو ما يناقض الحقيقة .

(3) ساقطة من الأصل .

(4) اتفق أبو حنيفة ، والشافعي ، ومالك على أن الشهادة من شروط النكاح ، ولكن ذهب المالكية إلى أنه شرط تمام يؤمر به عند الدخول ، أو شرط صحة يؤمر به عند العقد ؟ بداية المجتهد (17/2) .

وقال الدردير : وصحته أيضًا بشهادة رجلين عدلين غير الولي فلا يصح بلا شهادة أو بشهادة رجل وامرأتين ، ولا بشهادة فاسقين ولا بعدلين أحدهما الولي . الشرح الصغير جـ 2 ص 75 .

2 – التبني ألغته الشريعة الإسلامية لأن به نسبة شخص معروف النسب إلى غير أبيه ، وفي هذا من اختلاط الأنساب والمضار الاجتماعية ما حمل المشرع الإسلامي على إلغائه بتاتًا [1] .

3 – عقد ترتيب أموال الزوجين ، ليس في التشريع الإسلامي ذلك ؛ لأن الزواج لا يتعرض لأملاك أحد من الزوجين ، ولا يجعل لواحد منهما سبيلًا على أملاك الآخر سوى المصلحة العامة كالسفه والجنون والتبذير إلخ ، فيطلب الحجر عليه لذلك ، وغير التبرع بما زاد على الثلث من الزوجة عند الإمام مالك ، فالزواج مدخول فيه على حفظ مال كل زوج له حفظًا تامًّا مع صحة ، ونفاذ كل تصرف يقع منه مستوفيًا لشروطه الشرعية .

4 – عقد الهبة ، لا يشترط في صحته الإشهاد ، فإن رأى ولي الأمر وجوب ذلك لزم وقد أوجبه في كل ما ينقل ملكية العقار ، فيجب الإشهاد إذا كانت الهبة عقارًا [2] .

5 – حلول دائن مكان آخر . وتصوير ذلك أن زيدًا مدين لعمر بخمسة

---

(1) وذلك لقوله تعالى ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ .. ﴾ سورة الأحزاب آيه رقم (5) .

(2) أوجب القانون المدني المصري ، فيما نصت عليه مادته 488 ، توثيق الهبة لصحتها ، ونصها : « تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » . وهو ما أخذت به الفقرة الثانية من المادة 461 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية . ويتفق ذلك مع المادة 602 من التقنين العراقي ، التي تنص على أنه « إذا كان الموهوب عقارًا وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة » ، والمادة 525 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 – يتوقف نفاذ عقد الهبة على أي إجراء تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية عليه ، ويجوز لكل من طرفي العقد استكمال الإجراءات اللازمة .

2 – وتتم في المنقول بالقبض دون حاجة إلى تسجيل .

وتوجب هذه المواد لانعقاد الهبة فوق الإيجاب والقبول . أن تكون بورقة رسمية ، سواء في العقار أو المنقول ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر ، ولا تتم هبة العقار إلا إذا كانت بورقة رسمية . ولكن يجوز أن تتم هبة المنقول بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية ، فكما تتم هبة المنقول بالورقة الرسمية يجوز أيضًا أن تتم بالقبض . وفي هذه الحالة يغنى القبض عن الورقة الرسمية ، وليست هناك طريقة محددة للقبض ، فالنص مطلق ، وبذلك يصبح قبض الهبة معادلًا لتسليم المبيع . والأساس الشرعي لإيجاب توثيق الهبة على هذا النحو هو مصلحة حفظ المال ورفع الخصومة .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 161) .

جنيهات لأجل شهر برهن معين مثلًا فقال بكر لزيد : خذ الخمس جنيهات قيمة ما عليك من الدين لعمر فادفعها له على أن أحل مكانه في مداينتك فقبل زيد وأقبض عمرا دينه وحل بكر مكان عمر في دينه ورهنه ، وهذا يصح بلا إشهاد ، ولكن يقول اللّه عز وجل : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ ﴾[1] ، والأمر هنا للندب ، فإن أوجبه ولي الأمر وجب وهو كأي دين عادي برهن أو بدون رهن ، وكذلك في حلول راهن محل راهن[2] .

6 – تنازل الزوجة عن رهن ملك زوجها في الرهن القانوني : هذا الرهن القانوني ليس موضوعًا في التشريع الإسلامي ، لأن أساسه – وهو تصرف الزوج في ملك زوجته – غير موجود فما ترتب عليه من رهن أملاك الزوج نظير تصرفه القانوني في أملاك زوجته غير موجود[3] .

وسبب وجود هذا الرهن القانوني في القوانين الوضعية أن الزواج يعطي الزوج حق إدارة أملاك زوجته قهرًا عنها وأخذ ريعها قهرًا عنها في بعض صور الزواج ، كما يعلم من مكانه ، بل وأعطاه حق بيع بعض أملاك شركة الزوجية (غير المهر) ، فكان الأزواج خصوصًا المسرفين يفقدون أملاك زوجاتهم لسوء تصرفهم أو لاستعمال طرق التحايل أو الغش ، والمرأة ضعيفة الإرادة لا تقوى على معارضة زوجها فيما يريد ، فوضع القانون ضمانًا لهذا التصرف السيئ الرهن العقاري القانوني على أملاك الزوج لزوجته منذ الزواج حتى وقت الانفصال ، فليس للزوجة ترك هذا الرهن إلا بشرط ، ولو تصرف الزوج في أملاك زوجته ثم باع أملاكه هو ليفر من الضمان فإن أملاكه تكون ضامنة لمال زوجته حتى ولو باعها ، وبما أن أصل التصرف من الزوج في أملاك زوجته غير موجود في التشريع الإسلامي إلا برضاها واختيارها فلا رهن عقاري للزوجة على أملاك زوجها .

---

(1) سورة البقرة الآية رقم 282 .

(2) ذكر الدردير عن شروط صحة الهبة ما يدل على عدم افتقارها للإشهاد كالصدقة ، فأركانها أربعة واهب : موهوب ، موهوب له ، وصيغة ، وشرط الأول أن يكون أهلا للتبرع ، وشرط الثاني أن يكون مملوكًا للواهب ، وشرط الثالث أن يكون أهلًا لأن يملك ما وهب له . الشرح الصغير جـ 3 ص 339 ويتفق ذلك مع ما رآه الفقهاء في الماضي ، لصغر المجتمع ويسر الإثبات في التعامل بالهبة ، وهو ما يختلف عما عليه الحال في المجتمعات المعاصرة .

(3) قال الدردير : من شرط صحة النكاح عدم التواطؤ على كتمه . الشرح الصغير جـ 2 ص 75 .

وكل ما اشترط القانوني السماوي فيه العلنية هو الزواج ، وفي بقية العقود يستحب ذلك ما لم يوجبه الحاكم وإلا لزم .

بند [82] شروط صحة العقود

القانون الفرنسي : شروط صحة العقود هي :

1 - عدم نقص إرادة المتعاقدين .

2 - أهلية المتعاقدين .

أولًا : عدم نقص إرادة المتعاقدين ، يوجد نقص في إرادة المتعاقدين متى وجدت ظروف خاصة تحيط بالشخص المتعاقد فتؤثر على إرادته من غير محوٍ لها بتاتًا . وعيوب إرادة المتعاقدين هي الغلط والإكراه والغش والغبن .

أ - الغلط هو فكرة خاطئة ينظر إليها كحقيقة ، وينظر إلى الحقيقة كخطأ ، والغلط يكون مانعًا من انعقاد التعاقد بين الطرفين في ثلاثة مواضع .

1 - إذا وقع الغلط في طبيعة العقد كأن تبيعه شيئًا يعتقد أنك أعطيته هبة .

2 - إذا وقع الغلط في شخصية المتعاقد عليه كبيع حصان بعينه ظنه الحصان الآخر .

3 - إذا وقع الغلط في سبب التعاقد كمن تعهد بدفع دين لم يكن موجودًا أو كان مدفوعًا قبل ذلك . في هذه الأحوال الثلاثة الغلط يمنع انعقاد التعاقد ووجوده .

ويقع الغلط في حالتين يوجد العقد معهما ، ولكن يكون عرضة للإلغاء وهما :

1 - إذا وقع الغلط على جوهر الشيء الذي هو مادة التعاقد .

2 - إذا وقع الغلط على الشخص المراد التعاقد معه في بعض العقود .

والفرق بين الاختلاف في مادة التعاقد والاختلاف في جوهر المادة المتعاقد عليها أن الاختلاف في مادة التعاقد يعني أن كل واحد من الطرفين يرى أن العقد على شيء خاص كفرس أسمر وأحمر ، والاختلاف في جوهر المادة المتعاقد عليها هو اتفاق الطرفين على مادة معينة لكن اختلفا في صفاتها الجوهرية كمن اشترى شمعدانًا على أنه فضة فباعه لآخر فتبين أنه مفضض فقط فالعقد قابل للإلغاء .

ب – الإكراه ، وهو التأثير على عقل شخص حتى ترفع إرادته ، وهو إكراه مادي أو أدبي .

والإكراه مانع من وجود العقد في حالة واحدة ، وهو الإكراه البدني كالإمضاء بالقوة القاهرة فالعقد لا يوجد . وفيما عدا ذلك يصح أن يكون الإكراه سببًا في الإلغاء بشروط :

أولًا : يجب أن يكون الإكراه باهظًا .

ثانيًا : يجب أن يكون الإكراه حاضرًا لا ماضيًا ولا مستقبلًا بحيث يكون مهددًا له في شخصه أو ماله أو في اعتباره أو في شخص من يهمه أمره كزوجة أو أب أو أم إلخ .

ثالثًا : أن يكون الإكراه غير قانوني ومخالفًا للقانون العام والآداب العامة .

رابعًا : يجب أن يكون الإكراه سببًا مباشرًا للعقد .

والإكراه دائمًا سبب في الإلغاء مطلقًا ، ولو حصل من غير الطرفين فهو قوة قاهرة .

ج – الغش : وهو أعمال خداعية استعملها أحد طرفي العقد ضد الآخر لحمله على التعاقد . وليس الغش نفسه مبطلًا للعقد ولكن ما نتج عنه من غلط كما أن الإكراه نفسه ليس سببًا في بطلان العقد ، ولكن ما ينتج عنه من خوف ، والغش سبب خاص للإلغاء ، ولكي يكون الغش سببًا في إلغاء العقد يجب :

1 – استعمال طرق خداعية صناعية أو مكر لإيقاع الطرف الثاني في الغلط في التعاقد .

2 – أن يكون الغش أساسيًا في الحمل على التعاقد مباشرة ، بحيث لو لم يستعمل لما تم التعاقد ، وأما الغش العرضي فلا يلغي العقد ، ولكن يعطي المغشوش تعويضًا .

3 – أن يكون الغش صدر من أحد الطرفين ضد الآخر لا من ثالث ، وإلا صح التعاقد فقط يتحمل الثالث الغاش تعويض غشه .

الغش ليس مفروضًا وجوده قانونًا فعلى من ادعاه إثباته بكافة الطرق ، كتابة ، شهادة ، حتى بالقرائن التي يمكن للقاضي استنتاج الحقيقة منها .

د – الغبن في الثمن : وهي الخسارة العائدة على أحد المتعاقدين من عدم التكافؤ بين مادتي التعاقد المتبادلتين بين طرفي العقد .

والغبن ليس سببًا في إلغاء العقد ؛ لأنه دائمًا يسعى أحد الطرفين لمغنمه ، ولم يكن القانون حارسًا على الناس إلا في حدود؛ غير أنه قد يكون الغبن سببًا لإلغاء العقد في حالتين :

أولًا : في كل عقد أكمله القاصر وحده في المواضع التي يجب حضور وصيه معه .

ثانيًا : في العقود الصادرة من أهل التعاقد في عقار وصل الغبن فيه إلى 12/7 من الثمن .

وفي عقد القسمة الذي زاد غبنه عن 4/1 على أحد المقتسمين ، وفي قبول ميراث تبين أن الدين فيه أزيد من النصف من اكتشاف وصية لاحقه على القبول [1] .

بند [83] شروط صحة العقود

التشريع الإسلامي : من شروط صحة العقود تمام إرادة المتعاقدين بلا نقص ، وأهلية المتعاقدين [2] .

فالظروف التي تؤثر على إرادة المتعاقدين بنقص مع وجود أصل الاختيار قد تكون الغلط أو الإكراه أو الغش أو الغبن ، ولكن الغبن لا يؤثر على إرادة المتعاقدين ، فالإرادة فيه كاملة لكن أحد المتبايعين اغتنم فرصة جهل الطرف الآخر بالثمن وتعاقد معه ، وأظن يمكن تساهلًا عَدُّ الجهل بقيمة أحد العوضين مؤثرًا على تصرف الجاهل بها تصرفًا كاملًا كما ينبغي [3] .

(1) انظر : البنود من 1108 إلى 1122 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 224 : 228 .

(2) تناول الفقهاء المسلمون أحكام الغبن وأثره في العقود وذهبوا إلى إعطاء المغبون الحق في التحلل من العقد إذا اقترن الغبن بالتغرير أو التدليس بصوره المختلفة . انظر مصادر الحق للسنهوري 151/2 وما بعدها والمادة 356 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 300 من مرشد الحيران . وهو ما يتفق مع أخذت به القوانين العربية الحديثة . راجع المادة 95 للتقنين العراقي ، والمادة 116 من التقنين الأردني ، المادة 84 من التقنين الكويتي .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 22) .

(3) أشار الدردير إلى اشتراط عدم الحجر وتمام التكليف بالنسبة للمتعاقدين حتى يلزم البيع ؛ فلا يلزم صبيًا مميزًا ، وإن صح مالم يكن وكيلًا عن مكلف وإلا لزم لأن البيع في الحقيقة من الموكل ، وعدم حجر فلا يلزم المحجور لسفه أورق إلا بإذن الولي وعدم إكراه فلا يلزم المكره عليه . الشرح الصغير جـ 3 ص 3 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 279 .

الغلط : هو أن تريد شيئًا معينًا فتأخذ بدله غيره ظنًّا أو اعتقادًا أن هذا ما أردته ، فإن كان الغلط في طبيعة العقد (أردت بيعًا فاعتقد أنه هبة أو بالعكس) ، فلا يوجد العقد ؛ لأن إرادة الطرفين لم تلتق على نقطة موحدة في طبيعة العقد [1] .

وإذا كان الغلط في شخصية المتعاقد عليه كبيع حصان بعينه فغلط وباع الآخر ، فهذا يرجع لاختلاف المتبايعين في نفس المبيع . فإن تمسك كل منهما بما أراد لا بما وقع عليه العقد تحالفا وفسخ البيع .

وإن وقع الغلط في وجود أو عدم وجوب الثمن أو المثمن لم يلزم . كمن حول دينًا لآخر تبين عدم وجوده أو تعهد بأداء دين تبين أنه مؤدى فلا حقيقة لوجوده .

فإذا حصل الغلط في البيع مرابحة ، كأن أخبر البائع بنقص عما اشترى به ، فإن صدقه المشتري منه في غلطه أو أثبته بالنية (قال : اشتريت بخمسين ثم ادعى الغلط ، وقال : بل بمائة) ، فالمشتري بالخيار إما ردّ السلعة أو رد ما زاد وربحه إن كانت السلعة قائمة .

فإن فاتت عند المشتري خيِّر بين دفع الثمن الصحيح وربحه وهو ما ثبت بعد البيع ، وبين دفع قيمة السلعة يوم بيعه مالم تنقص القيمة عن الغلط وربحه .

وإن زاد البائع في إخباره عمدًا أو خطأ لزم البيع المشتري إن حط البائع ما زاد وربحه . فإن لم يحطه فلا يلزم المشتري وخُيِّر في الإمساك أو الرد .

فإن سمى المتعاقد عليه باسم عام وأشار إليه إشارة تعيين فلا رد فيه ، كهذا الحجر أو هذا الفصّ ، أو هذا الشيء مع الجهل بحقيقته الخاصة ، وهو يعلم شخص المبيع ، كأن يبيع هذا الحجر بدرهم فإذا هو ياقوتة تساوي ألفًا ، سواء أكان الغلط

---

(1) تناول الخطاب الغلط في العقود معددًا صوره وأشكاله سواء في طبيعة العقد أو شخصية المتعاقد معه وأشار إلى سؤال مالك عمن باع مصلًّى ؟ فقال المشتري أتدري ما هذا المصلى ؟ قال : هي واللّه خزٌّ فقال البائع : ما علمت أنه خَزٌّ ولو علمته ما بعته بهذا الثمن ، قال مالك : هو للمشتري ولا شيء للبائع لو شاء استبرأه قبل بيعه وكذا لو باعه مرويا قال لم أعلم أنه مروى ... إلى أن قال : أو قول المشتري بع مني هذا الحجر فيشتريه وهو يظنه ياقوته فيجده غير ياقوتة أو بيع البائع بظن أنها ياقوتة فإذا هو غير ياقوتة فيلزم المشتري ...
راجع تفصيل ذلك في مواهب الجليل جـ 4 ص 466 ، والتاج والإكليل للمواق جـ 4 ص 466 و جـ 2 ص 231 .

المذكور من المتبايعين أم من أحدهما مع علم الآخر . فإن كان المتعاقد وكيلًا عن غيره وحصل هذا فلموكله الرد قطعًا .

فلو سماه بغير اسمه كبعني هذه الزجاجة فإذا هي زبرجدة أو بالعكس لثبت الرد قطعًا . هذا في العقود التي لا يراد الشخص أو الشيء المتعاقد عليه لذاته ، ولشخصه كعقد الزواج (أردت الزواج بفاطمة بنت محمد بن إبراهيم) فحصل غلط في أختها (نجية) ووقع العقد عليها ، أو أردت صانعًا معينًا لعمل معين فتعاقدت مع غيره معتقدًا أنه الذي أردته فلا ينعقد العقد ، متى ثبت ذلك بالدعوى والتصديق ، أو بالدعوى والبينة .

الاختلاف في المادة والجوهر :

إن الاختلاف بين المتعاقدين يرجع إلى عدة أمور :

أولًا : الاختلاف في أصل وجود العقد ، كأن يقول أحد المتعاقدين : لم يحصل تعاقد ، ويقول الآخر : حصل فالقول لمنكر العقد بيمين ، سواء أكان البائع أم المشتري ؛ لأن الأصل عدم انتقال الملك .

ثانيًا : الاختلاف في جنس الثمن ، كما إذا قال البائع : بعته لك بجنيه مصري ، وقال المشتري بل بثوب مثلًا .

ثالثًا : الاختلاف في جنس المثمن ، كقول البائع : بعتك هذا الحمار بمائة قرش فقال المشتري : بل بعتني العبد أو البغل بمائة .

رابعًا : الاختلاف في الثمن والمثمن معًا .

خامسًا : الاختلاف في نوع الثمن والمثمن كدنانير ودراهم أو قمح وشعير أو ثوب كتان وثوب قطن .

سادسًا : الاختلاف في صفة العقد كمن باع جنته لآخر ، وقال : اشترطت نخلات اختارها بغير عينها ، وقال المبتاع : ما اشترطت إلا هذه النخلات بعينها [1] .

---

(1) تناولت المادة 121 القانون المدني المصري أحكام الغلط ، ونصها :

1 – يكون الغلط جوهريًا إذا بلغ حدًا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط .

2 – ويعتبر الغلط جوهريًا على الأخص : =

....

= (أ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك ، لما يلابس العقد من ظروف ولما يجب في التعامل من حسن النية .
(ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .
وقد جاءت المادة 106 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بما لا يخرج بوجه العموم عن المادة المذكورة ، وإن أدخلت عددا من التعديلات من بينها تبني معيار فوات الوصف المرغوب فيه بدلًا من فكرة الغلط الجوهري وفي المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ما يفيد أن فوات الوصف المرغوب في الفقه الإسلامي قد تدل عليه الإرادة الصريحة في العقد أو الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف (انظر : الفتاوى الهندية جـ 3 ص 140 – 141 . البدائع جـ 5 ص 140 ، 273 ، 274 ، 292 ، 335 . فتح القدير جـ 5 ص 151 ، 201 ، 206 . المبسوط جـ 13 ص 12 ، 13 . البحر الرائق جـ 6 ص 205 . عبد الرازق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 2 ص 111 – 156) وهذا ما ذكرته المادة 151 من التقنين الأردني ، والمادتان 117 ، 118 من التقنين المدني العراقي . فالمادة 117 من هذا التقنين تجمع بين الغلط المانع من انعقاد العقد والغلط الذي يجعل العقد موقوفًا على إجازة العاقد ، حيث تنص على ما يأتي :
1 – إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشارا إليه فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه . وإن اتحد الجنس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوبًا فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفًا على إجازة العاقد .
2 – فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع ولو بيع هذا الفص ليلًا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر أو بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفًا على إجازة المشتري . وهذه المادة تطابق في حكمها المادة 301 من مرشد الحيران والمادتين 208 ، 310 من المجلة . وقد نصت المادة 118 من التقنين العراقي على معيار فوات الوصف المرغوب فيه ، في نصها على أنه : لا عبرة بالظن البين خطؤه . فلا ينفذ العقد :
1 – إذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية .
2 – إذا وقع غلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد .
3 – إذا وقع غلط في أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد . ويتفق ذلك مع المواد 151 ، 152 ، 153 . من القانون المدني الأردني .
واللافت للنظر أن نصوص الفقه الإسلامي تتناول نوعين من الغلط :
النوع الأول : هو الغلط المانع الذي يمنع انعقاد العقد ، فيكون العقد باطلا . وذلك حين يقع الغلط في جنس الشيء بأن يكون المعقود عليه من جنس غير الذي اعتقده أحد العاقدين ، حيث يكون المحل معدوما ، كمن يبيع ماسا فإذا هو زجاج . وحين يتحد الجنس ولكن يتفاحش التفاوت في المنفعة ، بأن يكون التفاوت =

والحكم في جميع هذه الصور أن يحلف كل منهما على إثبات دعواه ورد دعوى صاحبه ، ويفسخ البيع فإن كان المبيع قائمًا رده بعينه ، وإن فات رد قيمته يوم البيع لا يوم الحكم ولا يوم الفوات هذا إذا كان مقومًا فإن كان مثليًا رد مثله .

فإن اختلفا في قدر الثمن (قال أحدهما : تسعة وقال الآخر : عشرة) ، أو في قدر المثمن (كثوب بمائة أو ثوبين بمائة) ، أو في الأجل (شهرًا أو شهرين) ، أوفي الرهن (بعت برهن ، بلا رهن) ، أو في الكفيل (بكفيل أو بلا كفيل) ، فإن كان المبيع موجودًا حلفا وفسخ البيع ، والفسخ يكون بحكم حاكم أو بتراض منهما ، ونكولهما كحلفهما .

وقُضي للحالف على الناكل وبدئ بالبائع أولًا .

وإن فات المبيع فالقول للمشتري بيمين إن أشبه قوله العرف والعادة ، وعلى المشتري القيمة في الفوات [1] .

الإكراه : وهو حمل شخص على إجراء عقد أو عمل مؤاخذ به شرعًا . فالمكره المسلوب الإرادة كلية لا يقع عقده ، ولا يوجد لتخلف إرادته قهرًا ، والمكره غير

= بين حقيقة المعقود عليه وما أراده العاقد فاحشا ، كمن يبيع دارا من آجر فإذا بها من لبن .

والنوع الثاني هو الغلط الذي لا يمنع من انعقاد العقد ، فيكون العقد صحيحًا نافذا ولكنه غير لازم ، حيث يكون للعاقد خيار الفسخ ، إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه . وذلك حين يتحد الجنس ولكن تتفاوت المنفعة دون تفاحش في التفاوت ، فيقتصر الأمر على فوات وصف مرغوب فيه ، كمن يبيع ياقوتا أحمر فإذا هو أصفر ، أو يقع غلط في ذاتية الشخص أو صفة جوهرية فيه إذا كانت هذه أو تلك محل الاعتبار (انظر المراجع التي تقدمت الإشارة إليها) .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 26 ، 27) .

(1) ذكر ابن رشد في فصل القضاء في اختلاف الحكم عند اختلاف المتبايعين ... إذا تقارا البائع والمشتري على حالة من هذه الأحوال المذكورة ههنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال . فإن أنكر البائع دعوى القائم فلا يخلو أن ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه ، فإن أنكر وجود العيب بالمبيع فإن كان العيب يستوي في إدراكه جميع الناس كفى في ذلك شاهدان عدلان ممن اتفق من الناس ، وإن كان مما يختص بعلمه أهل صناعة فما شهد به أهل تلك الصناعة ، وكذلك الحال إن اختلفوا في كونه مؤثرًا في القيمة وفي كونه أيضًا قبل أمد التبايع أو بعده فإن لم يكن للمشتري بينة حلف البائع أنه ما حدث عنده ... بداية المجتهد جـ 2 ص 183 م مواهب الجليل جـ 4 ص 466 ، التاج والإكليل جـ 4 ص 231 .

تام الإرادة يصح له الإلغاء ؛ لأن عقده يتم ، ولكن لا يكون لازمًا له [1] .

وقد اشترط التشريع الإسلامي في لزوم البيع أن يكون البائع رشيدًا ، وأن يكون طائعًا مختارًا في بيع متاع نفسه .

وأن يكون وكيلًا في بيع متاع غيره ، فإن أجبر على البيع نفسه بلا سبب ، أو أجبر على سبب البيع جبرًا حرامًا فيصح البيع ولا يلزم ، وحكمه أنه يرد على بائعه أو على سببه ، ولا يضره تداول ملاك ولا عتق ولا هبة ولا إيلاد .

وقيل : إذا أجبر على سبب البيع (وهو طلب مال ظلمًا ولم يجبر على نفس البيع) ، فباع كان البيع لازمًا للمصلحة لئلَّا يتباعد الناس عن الشراء ، فيقع المظلوم في الهلاك [2] ، وقد اختاره المتأخرون وجرى العمل عليه بالمغرب .

---

(1) قال الدردير عن عدم الإكراه في البيع : وشروط لزومه أي البيع تكليف ؛ فلا يلزم صبيًا مميزًا وإن صح ما لم يكن وكيلًا عن مكلف وإلا لزم لأن البيع في الحقيقة من الموكل ، وعدم حجر فلا يلزم المحجور لسفه أو رق إلا بإذن الولي ، وعدم إكراه فلا يلزم المكره عليه كما قال لا إن أجبر العاقد عليه أي على البائع إذا لم يمضه ، ولا يفوت عليه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا إيلاد بلا ثمن يغرمه للمشتري ، وهذا خاص بما إذا أجبر على سببه كما إذا أجبره ظالم على مال فباع سلعته لإنسان ليدفع ثمنها للظالم أو أكرهه على أن يبيعها . الشرح الصغير جـ3 ص 3 ، وراجع بتوسع مواهب الجليل جـ 4 ص 244 ، 245 .

(2) تناولت المادة 127 من القانون المدني المصري حكم الإكراه ومفهومه ، ونصها :

1 - يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس .

2 - وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . وهو ما تناولته المادة 112 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة .

وفي المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن الإكراه في الفقه الإسلامي هو حمل الغير على ما لا يرضاه . ذلك أن الإرادة في الفقه الإسلامي تتكون من عنصرين ، هما الاختيار والرضا . والإكراه على نوعين : إكراه ملجئ وهو الإكراه الذي يهدد بفوات النفس أو العضو ، وإكراه غير ملجئ وهو الإكراه بما دون ذلك كالحبس أو القيد أو الضرب . وكل منهما يعدم الرضا ، ويفرق بينهما أن الإكراه الملجيء يفسد الاختيار ، فيؤثر في التصرفات القولية والتصرفات الفعلية ، أي في التصرفات القانونية والوقائع المادية ، فيفسد الأولى ويصلح عذرًا يعفي من المسئولية عن الثانية . أما الإكراه غير اللجيء فلا يفسد الاختيار ، ومن ثم يؤثر في التصرفات القولية دون التصرفات الفعلية . فسواء كان الإكراه ملجئًا أو غير ملجئ فإنه يكون معتبرا في التصرفات القانونية باعتباره عيبًا من عيوب الإرادة . وقد وردت هذه التفرقة بين نوعي الإكراه في المادة =

وأما الجبر الحلال كبيع البيت لتوسعة المسجد أو الطريق أو المقبرة ، أو لوفاء دين ، أو نفقة زوجة ، أو أقارب ، أو وفاء ما عليه من الخراج الحق ، فالبيع فيه صحيح لازم قطعًا .

والإكراه يتحقق بخوف مؤلم حالًا أو استقبالًا من قتل أو ضرب ، وإن قل وسجن ظلمًا أو صفع على قفا أو قتل ولد أو والدين أو بأخذ مال أو إتلافه ، فالإكراه منظور فيه للشرف والخسة بالنسبة للشخص المكره .

ولابد أن يكون الإكراه مباشرًا ، وكونه باهظًا أو قليلًا يرجع إلى تقدير المكره فهو أمر اعتباري لكل شخص ، وليس بشرط حصول الإكراه من أحد المتعاقدين بل يصح أن يوجد الإكراه من غيرهما [1] .

الغش : هو كتم عيب في الثمن أو المثمن واستعمال طرق لإخفائه عن الطرف الآخر . وإذا ثبت الغش من أحد الطرفين فلمن وقع عليه الغش والخداع الخيار ،

= 1007 من المجلة والمادة 286 من مرشد الحيران . كما وردت هذه التفرقة في المادة 2/112 من التقنين العراقي ، والمادتين 136 ، 138 من التقنين الأردني . ومع ذلك فإن حكم الإكراه في التصرفات القانونية لا يختلف بحسب ما إذا كان مجلئًا أم غير ملجئ . ولهذا نصت المادة 115 من التقنين العراقي على أن « من أكره أكراها معتبرا بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده » . ونصت المادة 141 من التقنين الأردني على أن « من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحًا » . لهذا رؤى عدم ذكر هذه التفرقة بين نوعي الإكراه في النص المقترح ما دام أن حكم النوعين واحد في التصرفات القانونية . (انظر عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 2 ص 198 – 235 . وانظر المواد 948 ، 949 ، 1003 – 1006 من المجلة والمواد 285– 269 من مرشد الحيران) .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 30 ، 31) .

(1) تناولت المادة 127 من القانون المدني المصري شروط الحكم بوقوع الإكراه في نصها على أنه « يراعي في تقدير الإكراه جنس من واقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه » . وهو ما تناولته المواد 112 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 114 من التقنين العراقي ، والمادة 139 من التقنين الأردني ، والمادة 3/156 من التقنين الكويتي ، والمادة 288 من مرشد الحيران (انظر : المبسوط جـ 24 ص 50 ، 68 وص 151 – 154 . وانظر عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 2 ص 203 وما بعدها) .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 31) .

ويشمل نوعي خيار النقيصة لفقد شرط أو لظهور عيب [1] .

أولًا – الخيار لفقد شرط : إذا اشترط أحد الطرفين شرطًا في العقد ، وهو كل وصف فيه حق مالي وانعدم الشرط ، فلمن لحقه الضرر الخيار في الرد أو الإمساك .

ثانيًا – الخيار لظهور عيب : إن وجد أحد المتعاقدين فيما تعاقد عليه عيبًا (نقصًا) عقارًا أو عرضًا أو عينًا ، وكان هذا العيب في العادة السلامة منه ، كالأعشى ، أو كعور ، أو دَبَر ، أو عثر أو حرن ، أو ضعف حمل معتاد إلخ ، من كل عيب أدى لنقص في الثمن أو المثمن ، فلواجد العيب الرد [2] .

فإن كان العيب لا يطلع عليه إلا بعد تغيير المبيع من كسر ، أو نشر ، أو ذبح فلا رد به إلا لشرط أو عرف فيعمل به . والعيب في العقار إن كان دون الثلث فلا رد به ، ويرجع بقيمة ماله بال فقط . وإن كان الثلث فأكثر ثبت الرد إن أراد . فالقاعدة أن كل عيب نقص الثلث فأكثر من قيمة أحد العوضين فله الرد [3] (كَسُوءِ جارٍ أو كثرة بق أو كثرة نمل أو شؤم بأن جربت بأن كل من يسكنها يصاب بمصيبة إلخ) .

والتغرير الفعلي من البائع مثلًا كالشرط المصرح به كصبغ ثوب قديم ليوهم أنه جديد ، وتجبيس بيت وطلاؤه كذلك ، وتلميع شمعدان بفضة ليوهم أنه فضة ، فيرد به البيع لأنه غش وغرر [4] .

وأما التغرير القولي كقوله : اشتر مني هذا الشيء فهو جيد فإن وجد به عيبًا

---

(1) تناول الدردير مفهوم العيب وأنه كل نقص في المبيع عقارًا كان المبيع أو عرضًا يوجب نقصا في الثمن مما توجب العادة السلامة منه ، فإن وجد شيء من ذلك في المبيع فللمشتري الرد . الشرح الصغير جـ 3 ص 58 .

(2) قال الدردير : وكل عيب نقص الثلث فأكثر من قيمتها فله الرد به . الشرح الصغير جـ 3 ص 61 .

(3) قاعدة : كل عيب نقص الثلث فأكثر من قيمة أحد العوضين فله الرد .

(4) قال ابن رشد : « البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر ، والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه إما من جهة الجهل بتعين المعقود عليه أو تعيين العقد أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون المبيع أو بقدره أو بأجله إن كان هناك أجل ... إلخ » . بداية المجتهد جـ 2 ص 148 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 66 ، 67 ، 68 .

منقصًا فله الرد . وعلى المتعاقدين بيان ما عليه حال الثمن والمثمن تفصيلًا من عيوب قلت أو كثرت ، ولو كان البائع حاكمًا أو وارثًا أو وكيلًا ، فإن أجمل فمدلس ، ويرد به الثمن أو المثمن متى وجد ما يقتضي الرد [1] .

ولا يجب استعمال طرق خداعية صناعية أو مكر لإيقاع الطرف الثاني ، وإنما يكفي وجود العيب في الثمن والمثمن لخيار من وقع عليه الضرر .

والغش والإكراه والغلط ليس مفروضًا وجودها شرعًا ، بل على المدعي بها إثباتها شرعًا أو موافقة الطرف الآخر عليها [2] .

الغبن في الثمن : والأولى الغبن في العوض ليشمل الثمن والمثمن ، والغبن هو الخسارة التي تعود على أحد المتعاقدين من عدم تقدير عوضه تقديرًا حقيقيًا يوافق العرف والعادة .

---

(1) تناولت المادة 125 من القانون المدني المصري مفهوم التدليس والحكم المترتب عليه ، وهو ما تناولته المادة 111 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . ونص المادة 125 من القانون المدني المصري :
1 - يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد .
2 - ويعتبر تدليسا السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة ، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ... وهو ما تناولته المادتان 121 ، 123 من التقنين العراقي ؛ فالمادة 121 من هذا التقنين تنص على ما يأتي :
1 - إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غبنا فاحشًا كان العقد موقوفًا على إجازة العاقد المغبون . فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه .
2 - ويعتبر تغريرًا عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والإشراك الوضعية . والمادة 123 من هذا التقنين تنص على ما يأتي :
« يرجع العاقد المغرور بالتعويض إذا لم يصبه إلا غبن يسير أو أصابة غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهري . ويكون العقد نافذًا في جميع هذه الأحوال » . ويقابل ذلك في التقنين الأردني المواد 143 ، 144 ، 145 ، 150 . (انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 28) .

(2) قال الحطاب : العيوب على قسمين عيب يمكن التدليس به ، وعيب لا يمكن التدليس به فلا يجب الرد به ولا القيام ولا الرجوع بقيمته في الفوات ، وهو على وجهين : أحدهما ما استوى البائع والمتباع في الجهل بمعرفته ، وكان في أصل الخلقة فلا رجوع باتفاق . مواهب الجليل جـ 4 ص 462 ، ص 466 .

وحقيقة ليس القانون حارسًا على الناس في معاملتهم إلا في حدوده ، وهذا مأخوذ من معنى الحديث الشريف « دعوا المتبايعين في غفلاتهم يربح البائع من المشتري ، أو يربح بعضهم من بعض » أو كما قال . ولكن لما كان الربح يختلف بين ربح معقول وربح فادح أحاط المشرع المتعاقدين بسياج من الوقاية ، وجعل لذلك حدودًا وعرَّف من يحميه ومن يتركه لفطنته .

والغبن في حد ذاته ليس سببًا في إلغاء العقد ؛ لأن في التعاقد بعوض كلا الطرفين يرى ويقدر لنفسه الربح ، ويستزيد منه ، ولا يخلو حال المتعاقدين مما يأتي :

أولًا : أن يكون الطرفان من أهل المعرفة ويمارسان العقود بتعقل وليسا من أهل الغفلة وهما حضريان أو قرويان ، وحصل غبن في عقدهما في الثمن أو المثمن فلا رد فيه ولو خالف العادة .

ثانيًا : أن يستسلم أحد الطرفين لصاحبه ، ويخبره بجهله بالثمن أو المثمن ، ويطلب منه أن يبيعه كما يبيع الناس ، فقال البائع : هي في العرف بعشرة فاشتر مني بعشرة ، أو يقول البائع : أنا لا أعلم قيمتها فاشتر مني كما تشتري من الناس ، فيقول : هي بعشرة فإذا هي بأكثر أو أقل في الموضعين فللمغبون الرد بالاتفاق .

ثالثًا : إن كان المغبون جاهلًا ولم يستسلم للآخر فتعاقد فغُبن ففي جواز رده خلاف ؛ فقال بعض علماء المالكية : إنه يجب الرد بالغبن إذا كان أكثر من الثلث ، وقال بعضهم ، وعليه الفتوى : إن زاد المشتري المبيع على قيمته الثلث فأكثر فسخ البيع ، وكذا إن بلغ النقصان الثلث من قيمته فأزيد إن كان جاهلًا بما صنع ، وقام قبل مجاوزة العام من يوم التعاقد ، ويستوي الرد بالغبن في العقار والمنقول على السواء .

وأما عقد القاصر فإن كان بغير عوض كالهبة تعين على وصيه رده ، وإن كان بمعاوضة كالبيع والإجارة نظر الوصي فإن كان إمضاؤه لمصلحة القاصر أمضاه ، وإلا رده ، وما كان فيه غبن على القاصر فالمصلحة رده .

وأما دعوى الغلط أو الجور في القسمة ، فإن تفاحش وظهر الغلط أو الجور أو

ثبت ما ذكر ببينة نقضت القسمة وردت للصواب . وإن لم يتفاحش أو يثبت بأن لم يتضح الحال من غير ثبوت حلف المنكر لهما ، فإن حلف أنه لم يحصل فيها جور أو غلط ، فلا تنقض . فإن نكل أعيدت القسمة . وهذا مالم يمض الزمن كالعام أو مدة تدل على الرضاء بما وقع . واختلف العلماء فيما تنقض به القسمة فقال بعضهم : تنقض القسمة ، ولو كان الفرق في القيمة يسيرًا . وقال بعضهم : يعفى عن اليسير في الفرق ، والظاهر أن هذا متروك لنظر القاضي حسب ما يرى العرف والعادة [1] .

وأما قبول الميراث وتبين مديونية التركة بأزيد من النصف إلخ ، فهذا ليس من التشريع الإسلامي في شيء ؛ لأن القاعدة : أنه لا تركة إلا بعد سداد الدين [2] فلا ميراث قبل السداد . والوارث إذا أخذ نصيبه من التركة ثم تبين أن التركة مدينة بأزيد من النصف فلا يلزم الوارث إلا بقدر ما ورث [3] ، وليس ملزمًا بقضاء دين مورثه إلا في حدود ما أصابه من التركة ، فإن تبرع بقضاء دين مورثه فهو فيما فعل إن كان يملك التبرع [4] .

بند [85] أهلية المتعاقدين

القانون الفرنسي : القاعدة العامة كل شخص أهل للتعاقد مالم يثبت عدم أهليته ، فالأهلية هي الأصل وعدم الأهلية هي الاستثناء .

---

(1) يفرق الدردير بين الغبن اليسير والفاحش ، فيعتبر اليسير بأنه الغبن المؤدي إلى زيادة تقل عن ثلث القيمة في ثمن المبيع ، أما التي تزيد عن ذلك فهو الغبن الفاحش ، ثم قال : وكل عيب نقص الثلث فأكثر من قيمتها فله الرد . الشرح الصغير جـ 3 ص 61 .

(2) قاعدة : لا تركة إلا بعد سداد الدين .

(3) تشير المادة 896 من القانون المدني المصري للقاعدة المذكورة في الهامش السابق ، وإلى الحكم بوجوب البدء بالديون و إلى مسئولية كل وارث عن الدين الثابت على المورث ، كل في حدود نصيبه . وهو ما تناولته المواد 976 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 1106 من التقنين الأردني . وحكمها يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي (انظر في هذا المعنى : المادة 212 من مرشد الحيران ، وانظر ابن عابدين جـ 4 رقم 241) .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 397) .

(4) راجع في هذا الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه جـ 3 ص 15 وما بعدها .

وعدم الأهلية ثلاثة أنواع : نوع من الناس عديم الأهلية في كافة الأعمال القانونية ، ونوع منهم عديم الأهلية في بعض الأعمال القانونية المحدودة ، ونوع منهم أهل للتعاقد لكن منعه القانون من بعض العقود .

أولًا : عدم أهلية التعاقد العامة هي في :

1 - قاصر غير مرفوع الوصاية : لا يجوز له مباشرة أعماله المدنية من عقود وغيرها ، ويمثله قانونًا الوصي ، فقط يجوز له عقد الزواج ، وعقد ترتيب أموال الزوجين بحضور الأقارب .

2 - الممنوع قانونًا : لاختلال عقليتهم أو لجنونهم فيمثلهم الولي الشرعي .

3 - الموجود بداخل المستشفيات العقلية : وهم كالممنوعين قانونًا .

4 - الممنوع قضاء : وهم المحكوم عليهم بعقاب بدني نافذ ومخل بالكرامة مدة عقوبتهم .

5 - المرأة المتزوجة لا يمكنها التعاقد بدون إذن زوجها ، وتصبح أهلًا للتعاقد متى انحلت الزوجية أو حصل فراق جسماني .

ثانيًا : عدم أهلية التعاقد الجزئي هي :

1 - قاصر رفعت عنه الوصاية ، له فقط الأعمال الإدارية الخالصة ، وترتيب إيراده وما زاد عن ذلك فهو عديم الأهلية فيه يمثله وصيه .

2 - الشخص المعين عليه مجلس قضائي غير أهل لمباشرة بعض الأعمال القضائية منفردًا .

3 - الزوجة المنفصلة جسمانيًا ليست أهلًا للتصرف في عقارها .

ثالثًا : عدم أهلية عارضة : تعرض عدم أهلية التعاقد لأشخاص كاملي الأهلية ، وذلك كالوصي مع قاصره ، فلا يجوز له المشترى منه ، وكذا الزوج مع زوجته فيمنع البيع بينهما .

الغبن في التعاقد على القاصر : على من يدعي غبنًا لَحِقَ القاصر في تعاقده أن يقدم دليله ، فليس القصر في حد ذاته دليلًا على إلغاء العقد ، ويجب إثبات أن هذا العقد هو الذي سبب الخسارة مباشرة .

وكل عقد لا يتمه الوصي إلا بإذن مجلس العائلة ، أو مع تصديق المحكمة لو أتمه القاصر يكون مَلْغِيًّا لنقص في الشكل فيكفي لإلغائه إثبات أنه قاصر فقط . إعلان الشخص أنه أهل لتعاقد لا يخلى الطرف الثاني من التثبت من أهليته قانونًا [1] .

بند [86] أهلية المتعاقدين

التشريع الإسلامي : الأصل في المتعاقدين استيفاء شروط التعاقد الشرعية صحة ولزومًا [2] ؛ فمن ادعى انعدام هذه الشروط فقد ادعى غير الأصل فعليه تقديم الدليل على دعواه . وهذا ظاهر في الشروط غير الصغر الظاهر ، فلا يحتاج لدليل ؛ فمن تعاقد مع صغير لا يعقل أو يعقل ، ولكن إلى حد ما فهذا ليس وصيه أو وليه مطالبًا بدليل لإثبات عدم أهليته ، وليس من تعاقد معه ملزمًا كذلك ؛ لأن الظاهر أكبر دليل وعديمو أهلية التعاقد هم [3] :

أولًا – المجنون والصبي غير المميز : عقودهم باطلة أصالة فهي غير موجودة [4] ، ويمثلهم وصيهم أو وليهم الشرعي [5] .

ثانيًا – الصبي المميز والسفيه والمعتوه المحجور عليهم : عقودهم صحيحة غير لازمة إلا إذا أجازها الولي أو الوصي ، فإن كانت عقودًا بلا عوض تعين ردها ، وإن كانت بعوض ومنها الزواج نظر الولي أو الوصي ، فإن كان في إمضائها منفعة للقاصر أمضاها ، وإن كانت لغير مصلحة ردها بلا مسئولية على القاصر ؛ لأن

---

(1) انظر : البنود من 1123 إلى 1125 ، في الفصل الثاني ، من الباب الثاني من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ص 250 ، 251 .

(2) يشترط في المتعاقدين أن يكونا مالكين تامَّي الملكية ، أو وكيلين تامي الوكالة . بداية المجتهد (172/2) .

(3) قال الدردير : « وشرط صحة عقد العاقد تمييز فلا يصح من غير مميز لصغر أو جنون أو إغماء أو سكر » . الشرح الصغير جـ 3 ص 2 .

(4) تناولت المادة 110 من القانون المدني المصري أحكام عقد الصغير غير المميز ، وهو ما تناولته المواد 95 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، والمادة 7 من القانون الأردني . والمادة 96 من التقنين العراقي ، والمادة 1/86 من التقنين الكويتي . وحكمها مستمد من الشريعة الإسلامية : م 966 من المجلة . (انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 22) .

(5) ومن شروط لزوم البيع تكليف ، فلا يلزم صبيًّا مميزًا ، وإن صح ما لم يكن وكيلًا عن مكلف ، وإلا لزم ، لأن البيع في الحقيقة من الموكل . الشرح الصغير (3/3) .

الذي تعاقد معه هو المسئول عن عمله [1] .

ثالثًا : يعتبر التشريع الإسلامي البلوغ الشرعي نوعين :

1 - بلوغ في المال وحده وهو إما 18 عامًا أو 21 عامًا ، فالتصرف في العقود المالية قبل هذا السن النظر فيها للوصي ، أو الولي الشرعي - والتصرف بعدها متى بلغ رشيدًا عاقلًا لنفس الشخص المتصرف ، بلا رقابة عليه إلا للقانون العام .

2 - بلوغ في النفس فمتى بلغ 15 عامًا عند الإمام أبي حنيفة [2] أو 18 عامًا عند الإمام مالك جاز له أن يتصرف في نفسه بزواج ، وعقد عمل إلخ إلا ما فيه حجر كما سبق في باب أهلية الزواج فارجع إليه [3] .

وأما المحكوم عليهم بعقاب بدني وهم بداخل السجن فلهم أهلية التصرف في أملاكهم وفي التعاقد غير أن القانون الخاص بالسجون يمنعهم من مقابلة أحد ، أو الاختلاط بأحد ، وليس معنى هذا أن المسجون ليس أهلًا للتصرف ؛ لأنه سجين .

وأما المرأة المتزوجة فأهليتها كاملة في التصرف إلا إذا كانت محجورًا عليها لسفه أو جنون إلخ قبل الزواج أو بعده . وليس للزواج دخل في أهلية المرأة المتزوجة

---

(1) تناولت المادة 111 من القانون المدني المصري حكم تصرفات الصبي المميز ، ونصها :

1 - إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا ، وباطلة متى كانت ضارة ضارة ضررًا محضًا .

2 - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر . فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون . وهذا هو ما بينته المادة 96 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 97 من التقنين العراقي ، والمادة 118 من التقنين الأردني ، والمادة 967 من المجلة ، والمادتان 270 ، 271 من مرشد الحيران .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 23) .

(2) الإمام أبو حنيفه هو الإمام الفقيه عالم العراق النعمان بن ثابت بن زوطى التيمي الكوفي روى عن عطاء بن أبي رباح والشعبي وغيرهما قال الذهبي : عُنى بطلب الآثار ، وارتحل في ذلك وتوفى سنة 150 هـ وله سبعون سنة . انظر : سير أعلام النبلاء 102/19 . والعبر 314/1 .

(3) تناولت المادة 112 من القانون المدني المصري حكم تصرف الصبي البالغ الثامنة عشرة من عمره ، مع إذن وليه ، وتصحيح تصرفه في هذه الحال هو ما أخذت به هذه المادة ومقابلاتها في القوانين المدينة العربية على النحو الذي دلت عليه المذكرة التوضيحية للمادة 97 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا للشريعة الإسلامية .

أو عدم أهليتها ، وإلا كان الزواج نكبة على المرأة ؛ فلا يمكن لامرأة عاقلة أو مفكرة قليلًا مهما ساقتها عوامل الطبيعة للزواج أن تقدم على فقد حريتها الشخصية فتقدم إرادة زوجها في لزومها حقوق الزوجية ، وتلتزم هذه الواجبات ثم تفقد حريتها في التعاقد بسبب الزواج . إن هذا لعجب ! ، ويدعي هؤلاء المتشرعون أن المرأة لها حقوق مكفولة ، فأين هي قد جردتموها حتى من شخصيتها القانونية ؟! نعم هي حرة تذهب وتجيء بلا نكير ، وتغشى المنتديات العامة والخاصة بلا نكير ، وتلك هي المدنية الزائفة .

وهذه المرأة في الإسلام على قدم المساواة بالرجل في الشخصية القانونية والأهلية والحقوق كافة إلا فيما يمس ما تعهد به كلاهما في الزواج من المحافظة على النفس والمال ، والتقيد بما يحفظ على الزوج حقوقه بالنسبة لذات الزوجة فقط [1] . وسيأتي هذا التشريع في أوربا الحديثة بعد مائة سنة على الأقل إن طالبت به المرأة الغربية ، ومع هذا للأسف الشديد يقولون : إن الزواج في الإسلام بيع للمرأة بمهرها ، وقد أعماهم جهلهم وكبرهم وكرههم للإسلام عن فهم المعنى الاجتماعي السامي لذلك . ولو حاولت إقناعهم لارتكبت شططًا حتى لو أقنعتهم بالمعارضة بالمثل في أن المرأة الأوربية التي تدفع الدوطة (المهر) تشتري زوجها كذلك على هذا الأساس .

وقد نظر المشرع الإسلامي إلى أن المرأة تستحق المهر [2] لأنها بزواجها قد تنازلت عن حقوقها الشخصية بتقيدها والتزامها الوفاء لزوجها بما يقتضيه الزواج ، فيجب أن يكون هذا التنازل له مقابل وهو المهر ، أو إنما وجب المهر للمرأة جبرًا لضعفها خلقيًّا فهي مخلوق ضعيف مكون تكوينًا خاصًّا لا يتحمل المشاق بطبعه . ولهذا يجعلها في حالة لا تمكنها من الكسب والجلد في الحياة لأنها تحمل وتلد وتربي وتحيض ، وهكذا كل هذه أشياء اختصتها بها الطبيعة وأكملها الخلاق

---

(1) يذكر الدردير أن المرأة الرشيدة العاقلة البالغة ذات شخصية قانونية كاملة في التصرفات المالية ، يكون المهر حقًّا خالصًا لها دون شريك تتصرف فيه كيف تشاء لكنها تُمنع من التبرع بأكثر من الثلث .

ويحجر على الزوجة الحرة الرشيدة لزوجها فقط ، ولو كان عبدًا في التبرع الزائد على ثلث مالها بخلاف الواجبات فلا يحجر عليها فيها ... أما بالنسبة لزوجها فلها أن تهب له جميع مالها وليس لأحد منعها من ذلك .

الشرح الصغير ، وبهامشه حاشية الصاوي جـ 3 ص 402 ، 404 .

(2) لقوله تعالى ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةً ﴾ سورة النساء آية (5) .

العظيم لحفظ النسل البشري (ولا عبرة بمن شذ من النساء عن هذه القاعدة الطبيعية) ، والرجل قوي مجادل معارك ، وهو محتاج لمن يساعده ، ويكمل له نقصه في هذه الحياة ، ويوفر له الرفاهية ويهيئ له المتعة الخاصة من شخص من جنسه من نفسه ، وهي المرأة فوجب عليه تعويضها مما اكتسب نظير كل هذا وإلا كان محبًّا لنفسه أنانيًّا لا يجد من يركن إليه ويخفف عنه حمل الحياة ومتاعب الوجود ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ الآية [1] .

وأما القاصر المرفوعة عنه الوصاية فتصرفه جائز في كل شيء ؛ لأنه إما تحت الوصاية ، وإما مرفوعة عنه الوصاية ولا وسط بينهما . وأما من سلِّمت له أمواله لاختباره فحكمه حكم القاصر إلا في إدارة أمواله فقط ، فتصرفه في العقود تحت نظر وصيه يرى فيه المصلحة من رد أو إمضاء [2] .

وليس في التشريع الإسلامي مجلس عائلة ؛ لأن الأمر متروك للقاضي أو للمجلس الحسابي الحالي الموجود بالقطر المصري ، وهذا خاص بعديمي الأهلية الذين تحت الوصاية أو الحجر فقط .

وليس في التشريع الإسلامي انفصال الزوجين جسمانيًّا ؛ لأنه إما طلاق وإما زواج ولا واسطة بينهما ؛ لأن التشريع الإسلامي واجه الحقيقة البشرية في غير مواربة ولا خداع . فغير ممكن عقلًا أن تحكم بقتل شهوة الرجل أو شهوة المرأة ببعدهما عن بعضهما بما يسمى تفريقًا جسمانيًّا لما في ذلك من مضار كثيرة منها تعطيل النسل ومنها السعي لتحصيل المتعة الشهوانية في ستر الخفاء وفيه من الضرر اجتماعيًّا والتحلل من واجبات المجتمع مالا يخفى على أحد ، ومنها تشريد الأولاد وتنشئتهم على كراهية من لم يحكم له بهم وما يترتب على عدم وجود الأولاد مع أبيهم أو مع أمهم أيضًا ، فقد ثبت بالبرهان القاطع أن سبب التشرد والفساد في الأولاد الطلاق أو فساد أخلاق الأب أو فساد أخلاق الأم وهذا يحصل أيضًا في

(1) سورة الروم الآية رقم (21) .

(2) يقول الدردير عن المهر : وهو ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها ، والاتفاق على إسقاطه مفسد للعقد ، ويشترط فيه ما يشترط في الثمن من كونه متمولًا ، طاهرًا ، منتفعا به مقدورًا على تسليمه ، معلومًا إلا أنه لبنائه على المكارمة قد يغتفر فيه ما لا يغتفر في الثمن . الشرح الصغير جـ 2 ص 97 .

التفريق الجسماني فهو كالطلاق في هذه المعاني كلها . لهذا كان الزواج إما قائمًا فيؤدي كل واحد من الزوجين واجبه نحو الآخر ، وإما غير قائم فكل يسعى لمصلحته حسب ما يرى غير متقيد بشيء إلا ما حرم اللّه . وأما التعطيل والحرمان والفساد فلا . ولقد ذهب المشرع الإسلامي في تلمس الحقائق والوصول إلى ما في النفس من غير مواربة إلى أبعد من هذا فأباح للزوجة طلب الطلاق من زوجها [1] إذا لم يقم الزوج بواجب إعفافها وأداء واجبه كزوج ، وكانت تخشى على نفسها الفتنة والوقوع فيما حرم اللّه . هذا تشريع حكيم لم يصل إليه بعد المشرعون الوضعيون ، وسيأتي الوقت بعد حين لهذا التشريع ، ومع هذا سينكرون أنه مأخوذ عن التشريع الإسلامي كعادتهم في ذلك دائمًا .

وأما عدم الأهلية العارضة كمشترى الوصي أو الولي من قاصره أو الزوج من زوجه فلا يوجد في التشريع الإسلامي . ولكن لما كانت النفوس البشرية قد تميل للطمع فقد قيد المشرع جواز التعاقد مع القاصر بشروط كلها لمصلحة القاصر فإن وجدت صح التعاقد ، وإلا فلا (وستذكر في تصرفات الوصي والولي) . وأما بيع أحد الزوجين للآخر فلا شيء فيه إطلاقًا لتوفر أهلية كل منهما كأي فرد آخر مستوف للشروط الشرعية بلا أي فارق في ذلك . وما ينتج عن تعاقد القاصر من غبن أو ضرر يقدره وصيه أو وليه ، وليس بلازم عليه أن يقيم الدليل على ضرره بقاصره ؛ لأن عقد القاصر صحيح غير لازم في التعاقد بعوض ، فالتقدير للوصي أو الولي فقط .

وعلى كل شخص يريد التعاقد مع آخر أن يبحث حالته قبل التعاقد معه لجواز أن يكون محجورًا عليه مثلًا [2] . فمن قصر فهو خاسر ، والمفرط أولى بالخسارة .

بند [87] الوعود والشروط لأجل الغير

القانون الفرنسي : القاعدة العامة المأخوذة عن القانون الروماني هي أنه (لا

(1) أباح لها الإسلام أن تطلب الطلاق ، وتدفع للزوج عوضا عن ذلك ، وهو المسمى لدى الفقهاء بالخلع وهو طلاق بعوض ، وقد يكون بلا عوض . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، وبهامشه تقريرات الشيخ عليش (347/2) .

(2) يشترط في العاقدين ، يكونان غير محجور عليهما ، أو على أحدهما ... انظر : بداية المجتهد (172/2) .

يجوز التعهد ولا الشرط باسمه الخاص إلا لنفسه فقط) .

التعهد باسمه للغير :

ومعناه : أن التعاقد مع الغير باسمه الخاص لصالح شخص آخر لا يجوز ؛ لأنه لا يلزم شخص بشيء لم يعلمه ، ولم يلتزم هذا المتعهد ؛ لأنه لم يتعاقد باسمه لنفسه بل لغيره فهو غير ملزم بشيء ، كمن باع منزلًا لآخر وتعهد له بأن يزيل جاره شجرة كبيرة ملكًا للجار تحجب المنزل عن الممر العام فلا هو ملتزم ، ولا تعهده ملزم لجاره .

ولتطبيق هذه القاعدة يجب أن يكون التعهد باسمه الخاص لمصلحة الغير لا أن يكون باسم الغير كوكيل عام أو مدير أعمال الذي تعهد له ؛ فإن كان كذلك صح التعهد ولزم ، فإن كان وكيلًا تولد الحق مباشرة باسم موكله حسب نظرية القانون الحديث في حق الموكل لوكيله ، وإن كان مديرًا لأعمال شخص وتعهد له في غيبته صح التعهد ولزم هذا الشخص متى كان نافعًا ، ولمصلحته سواء قبله أم لم يقبله .

استثناء من القاعدة المتقدمة :

يجوز للمتعهد باسمه الخاص أن يتعهد لمن تعهد له أن يقبل تعهده ، وحينئذ يصح التعهد للغير باسمه خاصة . فإن قبل الشخص الثالث هذا التعهد فبها ، وإلا كان المتعهد ملزمًا بتعويض لا بتنفيذ ما تعهد به ، وهذا الفرق بين الضامن وبين من تعهد باسمه خاصة للغير فإن الضامن يضمن تنفيذ ما ضمنه ، وهذا يضمن قبول التعهد فقط وإلا فعليه التعويض (زيد تعهد باسمه لعمر أن يعمل على كذا لعمر فعلي ليس ملزمًا بالعمل ولازيد ملزمًا بما تعهد به . لكن إن ضمن زيد لعمر قبول تعهده صح فإن قبل على ما تعهد به زيد فبها ، وإلا لزم زيدًا تعويض لعمر وليس زيد ملزمًا بالتنفيذ إلا إذا ضمن التنفيذ أيضًا فتنتقل المسألة إلى الضمان) وفي حالة الشك يفسر لصالح من التزم [1] .

بند [88] الوعد والشرط لأجل الغير

التشريع الإسلامي : الشخص الذي يعد شخصًا آخر بعمل شيء أو قبول أي

(1) انظر : البنود من 1984 إلى 1990 ، في الباب الأول من الكتاب الثالث عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 134 ، 135 .

شيء عن الغير لا يلزم نفسه ، ولا يلزم غيره . لأن مجرد الوعد في حد ذاته ليس ملزمًا لا للواعد ولا للموعود [1] كقول زيد لعمر : أعدك أن أسلفك كذا في آخر الشهر ، أو أن أبيعك منزلي بكذا ، أو أعدك أن يؤجر لك بكر منزله بكذا . كل هذه الوعود ليست ملزمة في شيء إلا أن من المروءة الوفاء بالوعد ، ولا يلزم الوفاء قضاءً متى كان الوعد مجردًا [2] .

وأما التعهد فإن كان عن النفس كأتعهد بعمل كذا فهو التزام واجب النفاذ متى كان شرعيًا والمتعهد من أهل الالتزام شرعًا . فإن كان التعهد عن الغير فلا يخلو حال المتعهد إما أن يكون وكيلًا عن من تعهد عنه أو غير وكيل ، فإن كان وكيلًا عنه صح تعهده له ولزم موكله مباشرةً مادام في حدود توكيله ، فإن تعهدت لبكر بأن عمر موكلي يؤجره منزله المعين بكذا كل شهر ، وهو في حدود توكيلي العام المفوض صح التعهد ، ولزم عمر ما تعهدت به عنه ، فإن كنت وكيلًا عنه في أعماله القضائية فقط ، فليس لي أن أتعهد بتأجير منزله ؛ لأنه ليس من الأعمال القضائية ، وإنما هي أعمال إدارية ولست وكيلًا فيها ، فلا يلزمني ما تعهدت به لأن التعهد ليس مني عن شخصي فلست ملزمًا به ، وليس عمر ملزمًا به ؛ لأني ألزمته ما لا أملك إلزامه به [3] . لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فيتوقف على

---

(1) قاعدة : الوعد ليس ملزمًا لا للواعد ولا الموعود .

(2) قال الدردير : « وصح بيع غير المالك للسلعة ، وهو المسمى بالفضولي ، ولو علم المشتري أن البائع لا يملك المتباع وهو لازم من جهته منحل من جهة المالك ، ووقف البيع على رضاه ما لم يقع البيع بحضرته وهو ساكت فيكون لازمًا من جهته أيضًا ، وصار الفضولي كالوكيل » . الشرح الصغير جـ 3 ص 5 وهو مذهب الأحناف الذين ذهبوا إلى تصحيح تصرف الفضولي إذا وافق عليه الأصيل .

(3) تناولت المادة 466 من القانون المدني المصري حكم تصرف الفضولي ، ونبهت إلى صحة هذا التصرف مع إعطاء الأصيل الحق في إبطاله ، ونصها :

1 - إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطالب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع علي عقار ، مسجل العقد أو لم يسجل .

2 - وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد .

وعلى الرغم من أن الحكم الوارد في هذه المادة بتصحيح التصرف مع إعطاء الأصيل الحق في إبطاله هو مضمون فكرة العقد الموقوف المعروفة في الفقه الإسلامي فإن المادة المذكورة لا تستخدم مصطلح العقد الموقوف . لكن المواد المقابلة لهذه المادة في القوانين المدنية العربية قد تلافت ذلك واستخدمت المصطلح =

رضاء عمر .

وإن كان التعهد عن الغير بدون توكيل فهو فضول ، ويتوقف على رضاء ذلك الغير فإن أجازه لزم وإن لم يجزه بطل ، فإن ترتب على تعهد الفضولي ضرر وجب على الفضولي تعويض من تسبب له في هذا الضرر [1] .

وما ذكر من بيع شخص منزلًا وتعهده للمشتري بأن جاره يقطع شجرته التي تحول بين المنزل وبين منظر الشارع العام فهو على وجهين :

أولًا : إن كان المنزل مملوكًا للبائع فشرط إزالة الشجرة ملحوظ في البيع فهو تعهد

= المعروف في الفقه الإسلامي ، وهو مصطلح العقد الموقوف . وينطبق ذلك على المادة 439 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 127 من المشروع ، حيث نصت على أنه « يكون العقد موقوف النفاذ علي الإجازة إذا كان تصرفا في ملك الغير بدون إذنه » .

وطبقًا لذلك يكون بيع ملك الغير بدون إذنه موقوفا علي إجازة المالك . ، وهو ما أخذ به كل من التقنين العراقي والتقنين الأردني .

وفي ضوء فكرة العقد الموقوف يكون حكم البيع واحدا بالنسبة إلي كل من البائع والمشتري والمالك ، فهو موقوف في حقهم جميعًا ولا تأتي إجازته إلا من جانب المالك . فإذا صدرت هذه الإجازة أصبح العقد نافذًا في حق الجميع (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 4 ص 305 – 307 . انظر المذكرة الإيضاحية للمادتين 127 ، 128 من المشروع العراقي التي تنص علي ما يأتي : « فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلًا » . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 1/135 من التقنين العراقي التي تنص علي أن « من تصرف في ملك غيره بدون إذنه ، انعقد تصرفه موقوفًا علي إجازة المالك » .

كما يتفق مع ما جاءت به المادة 550 من التقنين الأردني التي تنص علي ما يأتي :

1 – إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع .

2 – ولا يسري البيع في حق مالك العين المبيعة ولو أجازه المشتري ، وهو ما تناولته المادة 509 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه : « إذا باع شخص مالًا للغير فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع أو أقر المالك البيع » . انظر في الفقه الإسلامي المواد 111 و 112 و 368 و 377 من المجلة ، والمادتين 355 و 396 من مرشد الحيران ، والمادتين 149 و 150 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ومذكرتها الإيضاحية .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 153) .

(1) قال الحطاب عن بيع الفضولي : « إنما يكون البيع موقوفًا على رضا المالك إذا لم يكن حاضرًا للبيع . قال ابن رشد : إن كان حاضرًا لصفقة فسكت حتى انقض المجلس لزمه البيع وكان له الثمن ، وإن سكت بعد انقضاء المجلس حتى مضى العام ونحوه استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه » . مواهب الجليل جـ 4 ص 271، والشرح الصغير جـ 3 ص 5 .

صاحب بيعًا ، وهو مقوم بمنفعة المبيع يزيد في قيمته متى أزيلت الشجرة ، فإن لم يصل البائع المتعهد إلى حمل الجار على قطع هذه الشجرة ، ويرضيه كما يشاء فللمشتري الخيار في إمضاء البيع أو رده ؛ لأن البائع أخل بشرط مقصود في العقد ، ومعلوم أن تعهد البائع بإزالة جاره للشجرة ليس ملزمًا للجار قطعًا ؛ لأنه التزام فضولي من البائع .

ثانيًا : إذا كان البائع لا يملك المنزل بل باعه عن مالكه بلا توكيل ، فلا البيع لازم ولا الشرط ؛ لأن البائع في كلتا الحالتين فضولي ، وعقود الفضولي وشروطه موقوفة حتى يقبلها من عملت في أملاكه أو عليه أو يردها [1] ، وهذا لا يخلي الفضولي من التعويض عن الضرر الذي يصيب من تعاقد معه [2] .

ويعرف تصرف الفضولي متى تبين أنه غير وكيل حتى ولو ادعى الوكالة وقت العقد أو التعهد . وأما الوكيل فعقوده وتعهداته فيما توكل فيه لازمة لموكله بمجرد إتمامها باسم موكله فتدخل في ملكه وتلزم ذمته مباشرة [3] .

وقد عاد المتشرعون الوضعيون إلى نغمتهم المعهودة وإنكارهم مصدر مآخذ تشريعهم ، وادعوا أن تشريعهم الحديث يجعل الموكل مالكًا بمجرد تعاقد وكيله باسمه ، وليس كتشريع القانون الروماني في أن الوكيل يتعاقد لنفسه أولًا فتنتقل له ملكية الشيء ثم ينقله بدوره لموكله ، ولم يعترفوا أن هذا هو التشريع الإسلامي الذي محا قاعدة التشريع الروماني وقرر أن الوكيل متى تعاقد باسم موكله انتقلت الملكية للموكل مباشرة بلا أي عمل آخر [4] .

تقررت هذه القاعدة أول التشريع الإسلامي حوالي سنة 600 ميلادية [5] تقريبًا

---

(1) من باع ملك غيره بدون إذنه ، فإن البيع موقوف على إجازة المالك فإن أجازه جاز ، ولو علم المشتري أن البائع فضولي ، وإن ردَّه رُدَّ . الخرشي على مختصر خليل (18/5) . وقال ابن رشد : « إذا اشترى الوكيل شيئًا وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل إلى الموكل » . بداية المجتهد جـ 2 ص 303 .

(2) بناء على القاعدة العامة القاضية برفع الضرر ، وإيجاب التعويض عن الضرر على المتسبب فيه .

(3) وللوكيل في توكيله على البيع طلب الثمن من المشترى ، وقبضه منه ؛ لأنه من توابع البيع الذي وكله عليه » الشرح الصغير (204/3) .

(4) قاعدة : الوكيل متى تعاقد باسم موكله انتقلت الملكية للموكل مباشرة بلا أي عمل آخر .

(5) بدأت بعثة الرسول ﷺ عام 610 م وكانت الهجرة إلى المدينة ونشأة المجتمع الإسلامي فيها عام 622 م وتوفي رسول الله ﷺ عام 632 م .

ولم يكن التشريع الوضعي له وجود بعد القانون الروماني ، ثم توطدت هذه القاعدة في نفس أوربا منشأ ووجود القانون الروماني فألغت قاعدته ، ثم أخذها حضرات المتشرعين المحدثين عن التشريع الإسلامي ؛ لأنها قاعدة العقل السليم ، ونسبوها لأنفسهم وهكذا أمثال ذلك لا يعد ولا يحصى .

وأما مديرو الأعمال فلهم حالتان :

أولًا : مدير أعمال خاص في نوع من الأعمال كناظر زراعة ، أو مفتش زراعة ، أو مدير ، أو محصل ، أو موزع بضائع في محل تجاري ، فتعهد أمثال هؤلاء فيما وكل إليهم إدارته ملزم بها من عينهم بشرط أن يكون التصرف لمصلحة رب الملك ، وأن يكون ما تعاقد عليه أو ما تعهد به نافعًا ولازمًا لطبيعة عمله الذي يديره ، وأن يكون قد استعمل بالفعل فيما عهد إليه من إدارة الأعمال الموكولة إليه [1] .

فإن تعاقد ناظر عزبة مع تاجر على توريد سماد كيماوي كبنك التسليف أو على توريد بذور للزراعة ، أو تعهد لشخص سواق أنفار بدفع أجر الشغالة أو تعاقد على إيجار لبعض أطيان ، وجرى العرف بذلك فإن تعاقده وتعهداته ملزم بها

---

(1) تناولت المادة 702 من القانون المدني المصري ، ونصها :

1 - لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء .

2 - والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات .

ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 695 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ومع المادة 702 من التقنين الكويتي ، المادة 838 من التقنين الأردني . وفي الفقه الإسلامي تنقسم الوكالة إلى وكالة عامة ووكالة خاصة . فالوكالة العامة ، ويقال لها الوكالة المفوضة ، تشمل جميع التصرفات ، حتى أعمال التبرع على خلاف في الرأي . و الوكالة الخاصة يتم فيها تعيين التصرف محل الوكالة . فإذا لم تنطو الوكالة علي تفويض للوكيل أو تعيين للتصرف فإنها تكون باطلة في رأى ، وتقتصر على أعمال الحفظ في رأي آخر .

فقد نصت المادة 346 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علي مذهب الإمام مالك على ما يأتي : « الوكالة نوعان : وكالة مفوضة ، وهي تفويض التصرف للوكيل في كل ما تصح النيابة فيه من الحقوق المالية وغيرها ، إلا ما استثناه الموكل منها أو دل العرف على عدم اندراجه فيها . ووكالة خاصة ، وهي تعيين التصرف للوكيل في شيء خاص بنص أو عرف . فإن لم تفيد الوكالة بتفويض ولا بتعيين فإنها تكون باطلة » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 267) .

المالك فلو عزل هذا المدير أو الناظر إلخ ، وجب على من استخدمه الوفاء بما تعهد به مدة قيامه بإدارة أعماله .

فلو تعهد موزع تجارة من محل كبير مثلًا أن يرسل رسالة كذا لمحل معين اتفق معه عليها فصاحب محل التجارة ملزم بما تعهد به هذا الموزع ؛ لأنه يعمل لمصلحته وفي حدود عمله [1] .

والمحصل الذي اتفق مع مدين على إمهاله لآخر الشهر مثلًا ، فيلزم الدائن هذا الإمهال لأن المحصل بطبيعة عمله يرى أن هذا من مصلحة الدائن ، وتسليم الدائن عمله لمثل هذا العامل يدل على رضائه بما يعمل وهكذا .

فإن خرج واحد من هؤلاء عن تعهده أو عقده في طبيعة عمله فهو ملزم شخصيًا بما عمل بدون أية مسئولية على من وكل إليه العمل . فلو باع الناظر أو المفتش من الأطيان التي تحت إدارته كناظر أو مفتش أو مدير (يعني له الإدارة فقط) أو وهب موزع التجارة لعملاء المحل ما يجب أن يكون بثمن ، أو أبرأ المحصل مدينًا في مبلغ كان مدينا به إلخ فلا يلزم صاحب الملك شيء من هذه التصرفات إلا إذا أجازها هو برضاه واختياره ، وهذا كله معمولٌ به عرفًا وعادة [2] .

ثانيًا : مدير أعمال عام ، (يعني وليس وكيلًا) كتصرف زوج في أملاك

---

(1) قال ابن رشد عن تقسيم الوكالة : « أما الوكالة فهي عقد يلزم بالإيجاب والقبول كسائر العقود ، وليست هي من العقود اللازمة بل الجائزة على ما نقوله في أحكام هذا العقد ، وهي ضربان عند مالك عامة وخاصة ، فالعامة عنده هي التي تقع عنده بالتوكيل العام الذي لا يسمَّى فيه شيء دون شيء ، وذلك أنه إن سمى عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض » . بداية المجتهد جـ 2 ص 302 .

(2) تناولت المادة 703 من القانون المدني المصري بعض أحكام الوكالة ، ونصها :

1 - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة .

2 - على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفًا ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق علي هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة .

وقد تناولت هذه الأحكام ذاتها المادة 697 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، وهو ما يتفق مع المادة 933 من التقنين العراقي ، والمادة 704 من التقنين الكويتي .

وتتفق أحكام هذه المواد جميعها مع مقررات الفقه الإسلامي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 268 ، 269) .

زوجته ، وهي عالمة ساكتة ، وكتصرف أخ أكبر على إخوته وهم عالمون ساكتون كما هي العادة في الأرياف أن يموت المورث مثلًا فيترك أربعة أولاد بالغين فيتصرف الأكبر ، أو يتصرف عليهم أرشدهم فيبيع المواشي المملوكة للكل والمحصول الناتج من أرض الميراث بل وبعض العقارات بسكوت إخوته ، فتصرفه جائز على نفسه وعليهم ؛ لأنه محمول على التوكيل العرفي والعادة كذلك فيمضي فعله والقول قوله حتى يثبت المنع للمتصرف من رب المال [1] .

ويشترط في مثل هذه الحالة أن يفعل المتصرف المصلحة ، ولا يختص بشيء لنفسه فإن فعل غير المصلحة ، أو اختص بشيء لنفسه عزل ، وهو كالوكيل سواء بسواء .

وأما تعهد المتعهد للغير بقبول تعهده لدى الغير فلم يخرج هذا المتعهد عن كونه فضوليًا ، لأنه لا يمكنه جبر الغير على هذا القبول ، فإن قبل الغير تعهُّد هذا الفضولي فبها ، وإلا فعليه تعويض من تعهد له بقبول تعهده عند حصول ضرر ، فإن قال المتعهد للغير باسمه : إن لم يقبل تعهدي هذا فأنا به كفيل أو أنا ضامن إلخ ، مما يدل على الضمان فهو ليس ضامنًا عند عدم التنفيذ . وبما أنه لا قدرة له على جبر من تعهد باسمه للتنفيذ فهو غارم لما ينتج عن عدم التنفيذ من ضرر لأنه غرر به ؛ لأنه يشترط في صحة الضمان أن يكون المضمون دينًا صحيحًا في الذمة أو آيلا للثبوت [2] . وهذا التعهد ليس بدين في ذمة الغير الذي تعهد باسمه أن يعمل كذا مثلًا ، ولا آيل للثبوت ، ولا يعدو الأمر أنه تعهد من فضولي فضمانه من الشخص الآخر ليس مالًا ، ولا مقومًا بمال ، ولا آيلا للمال فضمانه باطل ، ولا شيء عليه إلا تعويض ما تسبب فيه من ضرر لمن تعهد له بقبول تعهده [3] .

بند [89] الشروط للغير

القانون الفرنسي : القاعدة أنه لا يجوز اشتراط شيء للغير باسم المشترط خاصة ، ولهذا معنيان :

---

(1) « إذا تصرف الزوج في مال زوجته ، وهي عالمة ساكتة ، أو تصرف لإخوته كذلك ، فإنه محمول على الوكالة فيضمن فعله » . الشرح الصغير (203/3) .

(2) قاعدة : لا يصح الضمان إلا أن يكون المضمون دينًا صحيحًا في الذمة أو آيلًا للثبوت .

(3) راجع في هذا مواهب الجليل جـ 4 ص 271 .

أولًا : أن يشترط أحد المتعاقدين لثالث شرطًا يعود عليه بمنفعة باسم المتعاقد ، فلا يُكْسِبُ من اشْتُرِط له حق بهذا الشرط أنه لم يكن حاضرًا طرفًا في العقد ، ولم يوكل أحد الطرفين الذي اشترط له ؛ لأنه اشترط باسمه خاصة .

ثانيًا : لا يجب على المشترط تعويض ، ولا يلزم الطرف الثاني الذي قبل الشرط للغير أن يؤدي للغير أي شيء ، فلا المشترط ملزم ، ولا القابل ملزم ولا ينتج للشخص الثالث أي حق قَبِلهَمُا أو قِبَلَ أحدهما .

ولذلك لا يوجد إكراه ، ولا يترتب عقاب ، فالشرط للغير باسم المتعاقد لغو . فإن وجد إكراه يصح استعماله قانونًا ، وترتب عقاب كذلك ، كان الشرط للغير باسم المشترط صحيحًا في مسألتين :

الأولى : حينما يكون الشرط للغير شرطًا لنفس المشترط،كمن باع منزلًا لآخر بشرط أن يدفع له سنويًّا ألف فرنك ، ويدفع لزيد مبلغًا معينًا كل سنة فيصح الشرط للغير لأن المتعهد لو أخل بتعهده أمكن إكراهه قانونًا ، وعقابه بفسخ العقد .

الثانية : حينما يكون الشرط للغير شرطًا في العطاء لآخر كمن وهب منزلًا لزيد بشرط أن يدفع لعمر معاشًا سنويًّا 10 جنيهات مصرية مثلًا صح الشرط ، ووجب النفاذ وإلا جاز للمعطي سحب عطائه لعدم تنفيذ شروط عطيته .

وقد طبق المتشرعون هذا الاستثناء الأخير على عقد التأمين على الحياة ، وهو عقد بين شخص وشركة تأمين يتضمن أن يدفع سنويًّا قدرًا معينًا على أنه إن مات في مدة كذا سنة تدفع الشركة إلى شخص معين مبلغًا محدودًا ، ويطبق هذا في الشرط الجزائي ، وفي عقود المقاولين،وفي عقد النقل .

وفي الواقع أصبحت هذه القاعدة لا قيمة لها ؛ لكثرة ما استثني منها .

نتائج الشروط لأجل الغير :

أولًا – بين المشترط والموعد : عدم وجود دعوى مباشرة ضد القابل للشرط لإكراهه على تنفيذ الشرط للغير ، ولكن يوجد أسباب غير مباشرة لإجباره على التنفيذ ، وذلك إما باسترجاع الواهب هبته من الموهوب له ، وإما بفسخ عقد البيع المشترط فيه للغير ، وإما برفع دعوى لدفع الشرط الجزائي المتفق عليه لعدم تنفيذ شرط العقد .

ثانيًا : بين الموعد والثالث . يجب التفريق بين حالتين : حالة قبول الثالث للشرط المدون لمنفعته ، وحالة عدم قبوله ، فعند عدم قبوله يعتبر أجنبيًّا من المتعاقدين ، ولا شأن له قبل المُوعِد أو القابل للشرط ، وفي حالة القبول يتدخل بنفسه ، ويصبح دائنًا للقابل مباشرة .

طبيعة قبول الشخص الثالث القانونية :

لذلك نظريتان :

الأولى : الشرط للشخص الثالث يعتبر كأنه إيجاب من المشترط للغير أقامه بدله في منفعة الشرط .

والثانية : الشرط للغير يعتبر كمدير أشغال اشترط المنفعة للغير فقبول الغير يعتبر تأكيدًا لهذا العمل ، ويجوز للغير المشترط له أن يقبل في أي وقت يشاء ما دام المشترط لم يسترد شرطه ، أو يعفي طرف العقد الآخر من هذا الشرط .

فإن مات أو أفلس المشترط فللغير القبول بعد ذلك أيضًا ، وهو صحيح على نظرية أن المشترط وكيل أشغال فموته لا يضر بالشرط للغير ويصح قبوله ، وعلى نظرية أنه إيجاب كذلك بالرغم من عدم وضوحها ، ولا دخل للورثة ولا لدائني المشترط .

فلو تعاقد زيد مع شركة التأمين على الحياة على أن يدفع كذا شهريًّا لمدة معينة ، وعلى أنه لو مات في مدة كذا تدفع الشركة لزوجه أو لشخص آخر عيَّنه قدرًا من المال ، ثم مات زيد قبل قبول زوجه أو الشخص الآخر ، فلا يتدخل الورثة ولا الدائنون ما دام المشترط له قبل ما شرط له في هذا العقد .

ولا يشترط في القبول أي صيغة ولا أي شكل . ويصح القبول صراحةً أو ضمنًا . ونتيجة قبول الغير ترجع إلى الماضي أي إلى ساعة إتمام العقد كأنه كان متعاقدًا مع القابل للشرط ، وكان يمثله المشترط للغير ، وينتج عن ذلك :

أولًا : للغير الذي قبل الشرط له دعوى مستقلة يباشرها قِبَلَ الذي تعهد بهذا الشرط باسمه لإكراهه على أن يؤدي ما اشترط له في العقد .

ثانيًا : تعتبر الفائدة التي تعود على الغير المشترط له في العقد بعيدة عن أملاك المشترط للغير نهائيًّا بمعنى أنها لا تحسب من تركته ، ولا سلطان لدائني المشترط عليها ، ولا تدخل ضمن أملاك المفلس حتى يكون للدائنين فيها سهم ، بل تبقى الفائدة المشترطة للغير لهذا الغير فقط متى قبلها .

إمكان استرجاع الشرط للغير :

يمكن لمن اشترط للغير أن يرجع عن شرطه ويلغيه مادام الغير لم يقبل .فإن قبل فلا رجوع لتعلق حقه به ، وهذا يتفق مع نظرية العرض أو الإيجاب ، ولا يتفق مع نظرية وكيل الأشغال .

وحق الرجوع للمشترط للغير حق لنفسه هو بلا احتياج لقبول الطرف الثاني القابل للشرط في العقد إلا إذا تعلق بالشرط حقه فلا بد من رضاه بذلك ، ويجوز هذا الحق لورثة المشترط مادام الغير لم يقبل .

ونتيجة إلغاء الشرط حرمان الغير من الفائدة المشترطة التي كانت تعود عليه [1] .

العلاقة بين المشترط للغير والغير :

يمكن إرجاع الشرط بين المشترط للغير وبين الغير إلى أنه عمل نظير مقابل إذا كان المشترط مدينًا للغير فهو دفع لدينه وإبراء لذمته ، ويصح إرجاعه إلى أنه عمل بلا مقابل إذا لم تكن بينهما مديونية سابقة ، وكأن المشترط يقصد عمل البر وإدخال السرور على الغير ، فيأخذ جميع شروط الهبة في غير الشكل حيث إنه عقد تابع لعقد آخر .

بند [90] الشروط للغير

التشريع الإسلامي : الشروط للغير [2] لا يخلو أمرها من أن تكون استقلالية أو

(1) انظر : البنود من 1168 إلى 1184 ، في الفصل الأول ، من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 260 ، 264 .

(2) تضمن الفقه الإسلامي الاعتراف ببعض العقود التي تعتبر ولا ريب من قبيل عقود الاشتراط لمصلحة الغير ، وذلك كعقد الظئر وعقد المعلم ؛ فهذان العقدان ينصبان بطبيعتهما على تحقيق مصلحة للغير وهو الرضيع والمتعلم . ويعترف الفقه الإسلامي كذلك بنوع آخر من الشروط المقارنة في العقد والمتضمنة تحقيق مصلحة خاصة لغير طرفي العقد ، من ذلك أن يبيع أرضا ويشترط على المشتري بناءها مسجدًا أو مدرسة ، أو يبيع طعامًا ويشترط التصدق به أو عبدا ويشترط على المشتري عتقه ، أو يبيع شيئًا ويشترط المشتري على البائع إقراض أجنبي شيئًا من الثمن . وقد حكى ابن عابدين اختلاف الفقهاء في صحة مثل هذه الشروط ورجح تصحيحها (الحاشية 86/5 وما بعدها) ، ولا يرى مالك بأسا في بيع العبد مع اشتراط عتقه 152/9) ، وذكر ابن قدامة جواز الإقراض مع اشتراط دفع القرض إلى عيال المقترض (المغني 286/4) ومنه الاتفاق في المضاربة على إعطاء أجنبي نسبة من الربح (المغنى 30/5 وما بعدها) . وفي الخرشي 209/6 أنه يجوز اشتراط ربح القراض كله لرب المال أو للعامل أو لأجنبي ويلزمهما الوفاء بذلك . ولعل المالكية أكثر توسعًا من غيرهم في هذا الموضوع ودافع عن هذا المفهوم ابن تيمية .

تبعًا لعقد ، فإن كانت استقلالية فهي لغو لا قيمة لها فلا تلزم المشترط ولا المشترط له ولا القابل ، ومع التحقيق لا يوجد شرط مستقل ؛ لأن معنى شرط أن يكون عقد ، وأن يشترط أحد المتعاقدين شيئًا فيه وهذا هو الشق الثاني من البحث فيكون الشق الأول وهو وجود شرط استقلالي مجرد فرض .

وأما الشروط التبعية : فهي أن يتعاقد اثنان أو أكثر عقدًا ملزمًا ، ويشترط أحدهما شرطًا فيه ويستوي الشرط لنفس العاقد أو للغير فما صح اشتراطه لأحد الطرفين يجوز اشتراطه للغير [1] .

والشرط في العقد إما ألا يقتضيه العقد وينافي المقصود منه ، أو يخل بالثمن ، أو يقتضيه العقد أو لا يقتضيه ولا ينافيه [2] .

فيصح الشرط في العقد للنفس وللغير فيما يقتضيه العقد وفيما لا يقتضيه ولا ينافيه ، ولا يصح الشرط فيما لا يقتضيه العقد ، وينافي المقصود منه ، أو يخل بالثمن أو المثمن [3] .

---

(1) اختلف الفقهاء المسلمون في حكم الاشتراط في العقد لمصلحة الغير على النحو الذي سبق توضيحه في الهامش السابق ، واتجه ابن تيمية إلى قبوله من فهمه لتصحيح الشروط المقترنة بالعقد وحرية المتعاقدين (الفتاوى الكبرى 474/3 - 497 ، وانتهى الامر إلى أخذ القوانين العربية بالتوسع في تصحيح الشروط المقترنة بالعقود وتصحيح الاشتراط لمصلحة الغير ، فأصبح من الجائز أن يرتب العقد حقًا لصالح الغير ، ما دام المتعاقدان يريدان ذلك ، وما دام الغير يقبله ، وهو ما أخذت به المادة 152 من القانون المدني المصري ، والمادة 156 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية و 153 سوري و 208 أردني . وقد تمثل هذا التوسع فيما أخذت به المواد 156 مصري و 158 مشروع طبقًا لأحكام الشريعة و 154 عراقي و 212 أردني من جواز أن يكون الأجنبي المستفيد بالشرط شخصًا مستقبلًا أو جهة مستقبلة أو شخصًا غير معين عند التعاقد ، فانطوى بذلك الرأي القاضي باقتصار أثر العقود على المتعاقدين وحدهما دون غيرهما ، وهو الرأي الذي عبر عنه كثير من الفقهاء المسلمين انظر : مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري 192/5 وما بعدها .

(2) توسع الحنابلة في تصحيح الشروط المقترنة بالعقود ، وأجازوا منها كل مالا يعارض أصلًا شرعيًا ، وبنوا موقفهم هذا على قوله ﷺ : المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حرامًا أو حرم حلالا . المغني لابن قدامة 48/4 وما بعدها . ويقترب متأخروا الأحناف من ذلك عندما أخذوا بتصحيح الشروط المقترنة بالعقود إذا جرت بها عادة أو عرف وتضمنت منفعة لأحد العاقدين . البدائع 168/5 وما بعدها والمادة 321 من مرشد الحيران والمادة التالية لها ، وانظر مذهب الشافعية في المهذب 268/1 والمجموع 363/9 والمالكية في الخرشي 80/5 وما بعدها ، والموازنة بين هذه المذاهب في مصادر الحق للسنهوري 112/3 وما بعدها .

(3) قال المواق : « قال ابن شاس : أما شرط لا يناقض مقصود العقد ومقتضاه بل هو من مصلحته كشرط =

فيصح البيع والشرط للغير كمن باع منزلًا واشترط على المشتري دفع 100 جنيه مثلًا لزيد من الناس فالبيع صحيح والشرط صحيح ، فإن كان المبلغ غير معين أو مدة الدفع مجهولة كمدى الحياة ، فلا يصح الشرط لأن المبلغ الذي سيدفع محسوب من الثمن فيكون مجهولًا والواجب معرفته .

فلو دفع المشتري المبلغ المعلوم لزيد من الناس فقد وفى بما التزم ، وإن لم يدفع فللبائع إلزامه قضاءً بالدفع . وللمشترط له متى قبل مطالبة الملتزم بما تعهد به لأنه تعلق به حقه فأصبح ملكه فيورث عنه .

وفي هبة الثواب يصح الشرط للغير . وهبة الثواب أن تعطي شيئًا هبة في مناسبة فرح أو حج أو طهور ، وتعارف الناس على أن ترد في مثل هذه المناسبات ، فلو اشترط الواهب في هبته في فرح (هدية فرح) أن تُرَد لولد ولده حيث إنه لا ولد له تعين العمل بالشرط وأجبر المتعهد بردها لمن عينه الواهب للثواب [1] .

وأما ما ذكر من ترتيب معاش سنويًا فلا يجوز للجهالة ، لأنه لا يعرف كم يعيش فلا تصح . وقد سبق التكلم على عقد التأمين على الحياة ، وهو عقد باطل فلا يصح الشرط فيه . وأما الشرط الجزائي فهو صحيح كما أراه ، وإن كان المنصوص غيره ، وهو أن يشترط البائع على المشتري إن لم يدفع الثمن في يوم كذا أو يستلم المبيع في يوم كذا ، أو يشترط المشتري إن لم يسلم البائع المبيع في يوم

= الرهن والحميل والأجل المعلوم والخيار الصحيح فكل ذلك خارج عن محمل النهي ، ويصح البيع مع اشتراطه » . التاج والإكليل جـ 4 ص 375 ، وراجع بتفصيل أكثر وتوسُّع عند الحطاب في مواهب الجليل جـ 4 ص 375 ، 376 . وقد تناولت المادة 131 من التقنين العراقي أحكام الشروط المقترنة بالعقد ، ونصت على جواز اقتران العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جاريا به العرف والعادة ، وهو العرف والعادة ، وهو ما تناولته المادة 164 أردني والمادة 175 كويتي والمادة 123 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية . انظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري 3/112 – 195 .

(1) قال ابن رشد : « أما هبة الثواب فاختلفوا فيها فمن رآه بيعًا مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التي لا تجوز ، ومن لم ير أنها بيع مجهول قال : يجوز ، وكأن مالكها جعل العرف فيها مميزًا لهذا الشرط وهو ثواب مثلها ؛ ولذلك اختلف القول عندهم إذا لم يرض الواهب بالثواب فما الحكم ؟ فقيل : تلزمه الهبة إذا أعطاه الموهوب القيمة ، وقيل : لا تلزمه إلا أن يرضيه » . بداية المجتهد جـ 2 ص 331 . مواهب الجليل جـ 4 ص 51 ، التاج والإكليل جـ 4 ص 51 ، 52 .

كذا فيكون ملزمًا بدفع كذا غرامة له أو تعويضًا عن التأخير ، فهذا شرط لا ينافي ما قصد من عقد البيع ، ولم يخل بالثمن فهو صحيح فيصح شرطه لنفس المتعاقد ، ويصح شرطه للغير كذلك [1] .

والشرط في عقود المقاولين ، كمن اشترط مع شركة التأمين على أن كل عامل يصاب أثناء عمله تدفع الشركة للعامل كذا كل شهر أو كل سنة فهو اتفاق جر غررًا وهو مرهون بالقضاء والقدر ؛ لأنه غير معروف هل يصاب عامل أو أكثر أو يصاب أحد فهو غير صحيح فالشرط فيه للغير باطل .

والشرط في عقد النقل ، كمن تعاقد مع شركة لنقل شيء معين ، واشترط على الشركة أنه في حالة فقد هذا الشيء أو تلفه تدفع الشركة قيمته لشخص ثالث عينه في العقد . فإن كانت الأشياء المنقولة مما يصح فيها الضمان ، أو كانت الشركة ضامنة بالفعل ، لأن التلف أو الفقد نتج عن إهمالها ، فيصح العقد والشرط ويجب العمل به . وإن كان لاضمان فيه ، ولا يصح اشتراط الضمان فيه فالشرط لاغ ، ولا يلزم به شيء ، فالمنظور إليه صحة العقد الذي وقع فيه الشرط وعدم صحته لا نفس الشرط .

العلاقة بين المشترط والموعد : متى وقع الشرط صحيحًا ، وقبله المشترط له فقد تعلق حق الغير بما يترتب على الشرط فللمشترط إجبار المشترط عليه للوفاء بما تعهد به قضاءً ، وللمشترط له مطالبة من التزم بالشرط بالوفاء بما تعهد به بقبوله الشرط ، فلكل منهما حق ومصلحة في الوفاء بالشرط .

والعلاقة بين قابل الشرط والمشترط له أنه متى قبل المشترط له الشرط أصبح

---

(1) يتفق رأي المؤلف في تصحيح الشرط الجزائي وفي مسئولية العاقد الذي يخل بالتزامه عن الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر من هذا الإخلال مع الاتجاهات الحديثة في النظر الفقهي المعاصر القائم على التخير من الآراء الفقهية . وجمهور الفقهاء المسلمين على أن الملتزم يجب عليه الوفاء بالتزامه العقدي عينا ، فإن لم يفعل أجبره القاضي على ذلك ، فإن متنع عزر إلى أن يمتثل وينفذ على ماله بالطرق المعهودة في التنفيذ على المدين ، إلا إذا ظهر إعساره فينظره الدائن إلى حين ميسرة . أما تعويض الدائن عن تأخر المدين في الوفاء فلا ينظر جمهور الفقهاء إليه على أنه أمر جائز ، لأن أخذ المال عندهم لا يكون إلا بوجه التبرع أو في مقابلة مال أتلف ، وإلا فإنه يكون من أكل أموال الناس بالباطل ، ويكون المدين قد دفع مالا بغير مقابل له . الضمان لعلي الخفيف 17/1 – 18 وراجع الآراء الأخرى في ضمان العدوان محمد سراج .

مداينًا للمشترط في التعاقد مباشرة فله جبره على الوفاء ، وإن لم يقبل الشرط فهو أجنبي ولا علاقة بينهما .

وطبيعة قبول الشخص الثالث القانونية هي قبول لعقد الهبة فتجري عليه أحكام الهبة . وإن كان الشرط نظير دين فهو وفاء لما في الذمة . ومتى قبل الشرط برئت ذمة المدين . فإن كان الشرط للغير من قبيل الهبة فللمشروط له القبول متى شاء بشرط ألا يسترد المشترط شرطه ، ويُعفي قابل الشرط منه أو يحيط الدين به أو يجن أو يمرض فيموت مجنونًا أو من هذا المرض أو يموت المشترط له كل هذا قبل الحوز والقبول ؛ لأن الحيازة لتمام الهبة والقبول ركن فيها . فليس لورثة المشترط له القبول في هذه الأحوال . وإن كان الشرط من قبيل الوفاء بالدين وإبراء الذمة فإنه يشترط قبول الدائن حتى يتم براءة ذمة المدين . فإن مات المشترط أو أفلس فللمشترط له القبول ؛ لأنه هو صاحب الحق في القبول أو الرفض ؛ لأنه هو الدائن فليس للورثة المعارضة ؛ لأن الشرط لبراءة ذمة المشترط مما ترتب فيها والواجب عليهم سداد الديون أولًا من التركة ، فإن بقي لهم شيء قسموه بينهم حسب الفريضة الشرعية ، فإن مات المشترط له قبل القبول فلورثته القبول ؛ لأن وفاء الدين الذي ترتب في الذمة واجب على المشترط ، فإن رأى ورثة الدائن أن هذا الشرط يحقق وفاء دينهم ولم يسترد المشترط شرطه ولم يعف المشترط عليه صح لهم القبول .

وأما إفلاس المشترط فإن كان قد اشترط للغير كهبة وكان رأس ماله يوازي دينه أو أقل من دينه فإنه شرط موقوف على رضاء دائنيه ، وإن كان قد اشترط للغير وفاء لدين فإن كان دينه يوازي أو أقل من رأس ماله جاز له الشرط لأنه تصرف بعوض وهو ليس بممنوع منه ، وهو معروف بما قبل التفليس . وأما بعد التفليس فليس له شرط لأحد إطلاقًا سواء أكان من قبيل الهبة أم من قبيل وفاء الدين ؛ لأن هذا فيه هبة ، وهو ممنوع منها أو فيه تفضيل بعض الدائنين بالوفاء دون البعض الآخر وهو ممنوع منه وهذا في (التفليس بالمعنى الأعم) .

ونتيجة قبول المشترط له الشرط تعتبر من تاريخ قبوله إذا كان سداد الدين ومن تاريخ الشرط إذا كان من قبيل الهبة . ومتى تم القبول من المشترط له فله الحق شرعًا في إكراه قابل الشرط على الوفاء بما تعهد به ، فإن صحت الهبة فلا كلام

لوارث المشترط وإلا فهي تركة وكذلك وفاء الدين [1] .

استرجاع الشرط للغير :

لا يجوز للمشترط سحب شرطه متى كان الشرط من قبيل الهبة وقبلها المشترط له فإن لم يقبل أو كان من قبيل الوفاء بالدين ولم يقبل المشترط له أيضًا يصح له الرجوع بشرطه إلا إذا تعلق حق المشترط عليه بهذا الشرط وكان له فيه مصلحة فليس له الرجوع إلا برضاء المشترط عليه .

ويجوز لورثة المشترط سحب الشرط مادام المشترط له لم يقبل حال حياة مورثهم في الهبة . أما وفاء الدين فلا ، ويجوز للمشترط له قبول الشرط وفاء لدينه حتى بعد وفاة المشترط .

ومتى ألغي الشرط اعتبر كأن لم يكن ، ويمكن تخريج الشرط على أنه هبة للمشترط له إذا كان بدون عوض ، وإن كان بعوض فهو وفاء لدين .

بند [91] نتائج العقود

القانون الفرنسي : ملاحظة عامة سيكون الكلام في هذا الباب على نتائج العقد العامة وهي ترجع إلى أصلين :

الأول : الاتفاق واجب النفاذ على الطرفين فقط .

الثاني : الاتفاق لا ينتج أية نتيجة بالنسبة للشخص الثالث .

القوة المفروضة على الطرفين :

القاعدة الأساسية أن الاتفاقات المنعقدة قانونًا تأخذ مكان القانون بين المتعاقدين (الاتفاقات القانونية هي قانون المتعاقدين) بمعنى أن الطرفين ملزمان بتنفيذ الاتفاق كما هما ملزمان بملاحظة القانون ، وأن ترتيبات القانون الموضحة لإرادة المتعاقدين لا يجب تطبيقها بالنسبة لكل نقطة وُضحت بصراحة من الطرفين في العقد . وينتج من هذا أن المحاكم يجب عليها تنفيذ العقود في فحواها ولبها ، فلا يمكنها

---

(1) عرف الدردير الفلس بأنه : إحاطة الدين بمال المدين ، فيمنعه الهبة وما في معناها لا البيع والشراء والتصرف اللازم؛ ما لم تقم عليه الغرماء ، والتفليس الأعم قيام ذي دين حل أحله أو كان حالًا أصالة على مدين إلخ . الشرح الصغير جـ 3 ص 137 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 333 ، وإرشاد السالك ص 105 .

تخفيض القدر المتعهد به في العقد بدعوى تجاوز الحد . ومع ذلك فالمحاكم تخالف هذه القاعدة عمليًا . والتشريع الحديث قد اتجه إلى الحد من مغالاة القوي على الضعيف في شرطه عند التعاقد ، فلا ينفذ من الشروط إلا ما فيه اعتدال والخالي من الإجحاف ، كما يجب تنفيذ الاتفاق بحسن نية .

معنى كلمة طرفي العقد : طرفا العقد لفظ يشمل كل من اشترك في العقد اشتراكًا فعليًا بنفسه أو بمن يمثله قانونًا ويلحق بهم من تلقوا عنهم الملك بعنوان عام ، ومن تلقى عن طرفي العقد الحق في العقد بعنوان عام هم : كل من امتلك كل أو جزء أموال شخص آخر (الورثة ، الورثة غير النظاميين ، الموصى لهم العموميون أو بعنوان عام ، الموهوب لهم أملاك مستقبلة موضحة [1] في عقد ترتيب أملاك الزوجين) .

حالة من تلقى الملك عن المتعاقدين : في الأصل من تلقى الحق عن المتعاقدين بعنوان عام له حق من تلقى عنه من التزام وإلزام ، وكأنه كان متعاقدًا ، ويستثنى من ذلك :

أولًا : متى كان ذلك مشروطًا في عقد الاتفاق بأن اشترط المدين أن دينه لا يحل مدة حياته فإن مات دفع الورثة الدين المذكور ، فعليهم دفعه .

ثانيًا : متى كان بنص القانون كالوكالة عن شركة واستئجار عمل .

ثالثًا : متى كان منصوصًا عليه في العقد كمعاش مدى الحياة أو ترتيب منفعة كذلك . ولا يمكن الاشتراط أو القبول في عقد من العقود إلى واحد من ورثته ، كمن باع منزلًا واشترط أن يُدفع بعد موته ثمنه إلى أصغر أولاده ، وهو يأخذ مدة حياته الفائدة والمعاش سنويًا . ومع ذلك فيمكن للمورث الهبة أو الوصية لهذا الوارث بما يطابق القانون ، والوارث يمثل مورثه في نصيبه من التركة فقط فهو أجنبي منه فيما زاد فالشرط له أو القبول باطل قانونًا .

من تلقى الحق عن المتعاقد بعنوان خاص : وهم الذين لم يأخذوا التركة ولا جزءًا منها غير محدد كالربع كالمشترين والموهوب لهم ، والموصى لهم بعنوان خاص .

والقاعدة الأساسية : أن عقود من تلقوا عنهم الملك لا تلحق بهم شيئًا لا من رأس المال ولا من الدين ، إلا إذا اشترى زيد عقارًا له حق ارتفاق فإن زيدًا مؤاخذ

---

(1) في الأصل : [الموضحة] .

بما تعهد به من أخذ عنه الملكية وتنتقل الملكية بما لها وما عليها ، إلا إذا تنازل صاحب دين عن مدينه فيتبعه الضامن ؛ لأن عقده تابع لعقد الدين الأصلي .

حالة الدائنين بورقة عرفية : حالتهم تقرب من حالة من تلقوا الحق بعنوان عام فهم يتحملون تصرف مدينهم نافعًا أو ضارًّا حيث كان لهم ضمان عام على أملاك مدينهم ، ومع ذلك فحالتهم كحالة من تلقوا الحق بعنوان خاص بما منحهم القانون من حق مجموع الدائنين من دعوى (إبليك أو بولين) فيما إذا أضر بهم تصرف مدينهم ، وقد يعتبرون من الغير [1] .

بند [92] نتائج العقود

التشريع الإسلامي : متى تم التعاقد مستوفيًا [2] للشروط والأركان كان ميثاقًا وعهدًا بين الطرفين يجب الوفاء به كل فيما تعهد به [3] ، ولا يمس اتفاقٌ بين شخصين أو أشخاص شخصًا ثالثًا ليس طرفًا فيه بشخصه أو بمن يمثله كوكيله أو وصيه أو وليه ، فما دام الاتفاق ليس خارجًا عن القانون العام وسببه حلال ، وليس فيه أكل أموال الناس بالباطل وجب على القاضي الحكم ببنوده وشروطه بلا تدخل فيه بتعديل أيًّا كان . فإن كان الاتفاق خارجًا عن القانون العام أو كان ملزمًا لشخص ليس طرفًا فيه لا بشخصه ، ولا بمن يمثله أو كان سببه حرامًا أو كان فيه أكل أموال الناس بالباطل ، كمن اشترط على بائعه إن لم يسلمه المبيع في وقت معين يكون ملزمًا برد ما أخذه من الثمن ومثله على سبيل التعويض ، وكان ما حصل من ضرر تأخير التسليم لا يوازي جزءًا من عشرة من الثمن ، فلا يجوز القضاء بالتعويض على علاته حسب الشرط ، لأن المشترط سيأخذه بلا مقابل لا على أنه هدية سمحت به نفس الواهب بل على أنه حق واجب الأداء ، فلا يحل للقاضي الحكم به ولا يحل لصاحب الشرط أن يأخذه لأنه بلا حق .

---

(1) انظر : البنود من 1134 إلى 1145 ، في الباب الثالث ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 253 : 255 .

(2) قاعدة : إذا تم التعاقد واستوفى العقد الشروط والأركان من الأطراف المتعاقدة فيجب الوفاء به كل فيما تعهد به .

(3) البيع لازم للمتبايعين إذا تم البيع بينهما . المدونة (253/3) .

طرفا العقد :

معنى كلمة « طرفا العقد » : هي كل من اشترك بالفعل وقت تكوين العقد بنفسه أو بمن يمثله قانونًا ، ويدخل في حكم من اشترك في العقد من يتلقى عنه الحق كالورثة والموصى لهم بجزء معين من التركة كالربع مثلًا أو الثلث [1] .

فإن تعاقد شخص على مشترى أرض مثلًا بثمن مؤجل على سنين معلومة كل سنة كذا ، ثم مات قبل مضي المدة ، وبقي عليه شيء من المقسط من الثمن فعلى ورثته دفع ذلك . فإن كان قد أوصى بثلث تركته لزيد مثلًا [2] فلا يأخذ الموصى له ثلث التركة إلا إذا دفع ما خص الثلث من دين المتوفى إن كان الدين حالًّا ، فإن كان مؤجلًا لزمه كذلك . فإن لم يدفع الورثة أو الموصى له الدين الذي على التركة بيعت التركة وسدد الدين . فإن بقي لهم شيء كان تركة .

وأما الشرط بعدم حلول دينه مدة حياته (يعني يحل بموته لا مدة حياته) ففيه خلاف بين الفقهاء ، فقال بعضهم : يعمَل به ولا يحل دينه إلا بوفاته ، وقال بعضهم بالتفصيل ففرَّق بين الدين الذي أصله بيع والدين الذي أصله غير بيع ، ففي دين البيع لا يجوز متى وقع الشرط في صلب العقد ؛ لأنه يؤول إلى البيع بأجل مجهول فهو فاسد ، فإن وقع لا في صلب العقد جاز [3] .

ومعلوم أن دين القرض يجب الوفاء به متى كان [4] لوقت معلوم أو جرى

---

(1) العقد الصحيح هو العقد الذي رتب الشارع أحكامه عليه لاجتماع أركانه وشروطه . وقد قسم ابن رشد العقد إلى صحيح نافذ وموقوف . بداية المجتهد جـ 2 ص 171 .

(2) إذ لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث ، وذلك لما ثبت عن رسول الله ﷺ « أنه عاد سعد بن أبي وقاص ، فقال له : يا رسول الله قد بلغ مني الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ، ولا يرثني إلا ابنة لي ، أفأتصدق بثلثي مالي ؟ فقال له رسول الله ﷺ : « لا ، فقال له سعد : فالشطر ؟ قال : لا ، ثم قال رسول الله ﷺ : الثلث ، والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » . انظر حكم الوصية بأكثر من الثلث وتوقفها على إذن الورثة في بداية المجتهد (335/2) .

(3) قال الدردير : « البيع عقد معاوضة ، ولا يكون إلا بين اثنين بإيجاب وقبول ... ثم قال : وركنه أي أركانه التي تتوقف عليه حقيقته ثلاثة : عاقد من بائع ومشتر » . الشرح الصغير جـ 3 ص 1 ، ومواهب الجليل جـ 4 ص 221 ، 222 .

(4) قاعدة القرض دين يجب الوفاء به متى كان لوقت معلوم أو مدة محددة .

العرف بمدة محددة فإن لم يكن عرف ولا شرط فهو كالعارية يبقى للوقت الذي ينتفع به عادة . فإن شرط المقرض أو المقترض مثلًا أن دينه يحل بعد موته وأن ورثته يقضون دينه ، أو كان الدين من بيع ووقع الشرط لا في صلب العقد على قول أو كان من غير بيع وفي أي عقد صح الشرط في تأجيل الدين فقط لا في إلزام الوارث بالأداء ، لأن الوارث ليس طرفًا في الاتفاق ولم يلتزم ذلك ، وإنما يقضي الدين إطلاقًا من التركة قبل قسمها [1] .

وأما الوكيل عن الشركة فالتزامه ملزم للشركة التي هو وكيل عنها في الالتزام ، والوكيل غير ملزم متى عمل باسمه كوكيل وكان في حدود توكيله . وأما استئجار العمل فإن كان خاصًّا بشخص الملتزم فلا ينتقل للورثة كالاتفاق مع صانع ماهر

---

(1) القرض من العقود الجائزة عند جمهور الفقهاء ، ومعناه أن للمقرض الحق في المطالبة به في أي وقت ، خلافًا للمالكية الذين ذهبوا إلى أن القرض عقد جائز إذا لم يقيد بمدة معينة ، فإن اتفق الطرفان على وقت لزم ذلك ، ولم يكن من حق الدائن المطالبة بأخذ القرض قبل حلول الأجل المتفق عليه . وهذا هو ما أخذت به القوانين المدنية العربية المعاصرة ، فالمادة 543 من القانون المدني المصري تنص على أنه « ينتهي القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه » ، كذلك فإن نص المادة 548 من التقنين الكويتي هو :

1 – على المقترض أن يرد المثل عند حلول الأجل المتفق عليه أو بسقوطه .

2 – فإذا لم يتفق علي أجل ، أو اتفق على أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضي ميعادًا مناسبًا وفقا للظروف .

والمادة 643 من التقنين الأردني تنص على أنه « إذا كان للقرض أجل فليس للمقترض استرداده قبل حلول الأجل . وإن لم يكن له أجل فلا يلتزم المقرض برده إلا إذا انقضت مدة يمكنه فيها أن ينتفع به الانتفاع المعهود في أمثاله » .

والمادة 689 من التقنين العراقي تنص علي ما يأتي :

1 – يجب على المستقرض رد مثل الأعيان المقترضة قدرًا ووصفًا في الزمان والمكان المتفق عليهما .

2 – فإذا لم يتفق علي الزمان كان للمقرض أن يسترده في أي وقت .

3 – وإذا لم يتفق علي المكان كان الرد واجبًا في مكان العقد .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 121 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علي مذهب الإمام مالك على أنه : « إذا كان للقرض أجل مضروب ومعتاد وجب علي المقترض رده للمقرض إذا انقضي ذلك الأجل ولو لم ينتفع به ، وإذا لم يكن له أجل فلا يلزمه رده إلا بعد أن ينتفع به الانتفاع المعتاد في أمثاله » .

ونصت المادة 160 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أنه : « يثبت عوض القرض في الذمة حالا وإن شرط فيه أجل » . (انظر المذكرة الإيضاحية لهذا النص . وفيها أن للمقرض طلب بذل القرض في الحال) وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 191) .

لعمل شيء معين ثم مات العامل قبل إتمام ما تعهد به فيبطل الالتزام . فإن كان التعهد لعمل عام لا يقصد به إلا العمل في حد ذاته انتقل هذا الحق للورثة .

فإن كان الالتزام كمعاش مدى الحياة أو ترتيب انتفاع من شيء معين كذلك مدى الحياة كالوقف أو العمرى أو العارية مدة الحياة مثلًا انتقل الالتزام للورثة متى كان في التركة ما يفي بهذا الالتزام .

وأما الاشتراط أو القبول في عقد من العقود إلى أحد الورثة فذلك جائز مادام قبل الوفاة . فإن اشترط أن يدفع بعد موته ثمن مبيعه إلى أصغر أولاده وهو يأخذ مدة حياته الفائدة والمعاش سنويًّا فذلك ممنوع باطل [1] .

1 - لأن ثمن المبيع أُجِّلَ لأجل مجهول فيفسد البيع .

2 - اختص أحد الورثة بالثمن بعد الوفاة وهو وصية والوصية للوارث لا تجوز [2] .

3 - أخذه الفائدة والمعاش سنويًّا مدة الحياة ممنوع ، للجهل به أولًا ولأنه ربا ثانيًا .

وللمورث الهبة لهذا الوارث حال حياة المورث ، وليس له أن يوصي له ، لأن فيه زيادة ونقصًا في الفروض المقدرة في كتاب اللّه ، وهي من القانون العام ؛ فالوصية فيه لا تصح ، اللّهم إلا إذا رضيت الورثة بهذه الوصية فهي عطية منهم لهذا الوارث .

وأما من اشترى ومن وهب له ومن أوصى له بشيء معين كمنزل أو دابة معينة مثلًا فلا ينتقل التزام البائع للمشتري ولا للموهوب له ولا للموصى له بعين محدودة إلا إذا كان الالتزام خاصًّا بنفس العين المبيعة ، كما إذا التزم البائع على العين المبيعة حقوق ارتفاق مثلًا فتنتقل هذه الحقوق إلى المشتري كما التزمها البائع ، أو كانت نفس العين الموهوبة عليها هذه الحقوق فتلزم الموهوب له أو الموصى له بها فتنتقل الملكية لهؤلاء بما لها وما عليها .

وأما الدائنون فإن كان دينهم برهن أو حميل أو كفيل فالمدين يتصرف في ملكه

---

(1) قال الحطاب : « إنما يلزم الموكل إقرار وكيله فيما كان من معنى الخصومة التي وكله عليها على الأصح » . مواهب الجليل جـ 5 ص 189 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 302 .

(2) اتفقوا على أن الوصية لا تجوز لوارث لقوله عليه الصلاة ، والسلام : « لا وصية لوارث » . بداية المجتهد (334/2)

ببيع أو بشرط أو بغيرهما من غير أن يمس الرهن أو ينقص الحميل أو الكفيل ، ومتى مات استوفى الدائن دينه من التركة إن وجد وإلا فمن الرهن ، ويختص به حتى يستوفي دينه أو يرجع على الحميل أو الكفيل متى اشترط أيهما يأخذ في دينه .

وإن كان دينهم بلا رهن أو كفيل أو حميل فإن جميع ملك المدين ضامن دينه . بمعنى أن المدين متى مات قضي دينه من التركة قبل تقسيم التركة . ومتى تصرف أو اشترط في ماله حسب ما يرى فهو جائز إلا فيما ينقص قدرته على الدفع أو الوفاء بما التزم به فللدائنين منعه من هذا التصرف محافظة على حقوقهم . فإن كان له حق أو التزام على آخرين ولم يطالب به إضرارًا بدائنيه ، أو كان هذا الالتزام أو الحق يزيد في قدرته على الوفاء ، ولم يتقدم للمطالبة به ، جاز لغرمائه طلب هذه الحقوق والالتزامات باسم مدينهم [1] .

ولا داعي إلى قانون بولين ولا دعوى إبليك ؛ لأن هذا منصوص عليه منذ وجد التشريع الإسلامي فليس هذا من مخترعات ولا مبتكرات بولين ولا إبليك ، وسيأتي عند الكلام عليهما في محلهما ما يفي بالمقصود . ولو أن المشرعين الوضعيين أرجعوا ما أخذوا إلى أصل مأخذه لكانوا أمناء وأراحوا واستراحوا ، ولكن تلك عادتهم ولا حيلة لنا في ذلك إلا بيان ما فعلوا من تدليس وغش وسرقة من التشريع الإسلامي ثم ينسبونه إلى أنفسهم ، ولله في خلقه شئون .

بند [93] نتائج العقود بالنسبة للشخص الثالث

القانون الفرنسي : والمراد بالشخص الثالث هو من عدا طرفي العقد ومن يتلقى عنهم الملك بعنوان عام ، والقاعدة العامة أن العقود لا يكون لها أثر على الغير لا نفعًا ولا ضرًّا ، فتضمنت أصلين :

---

(1) قال ابن رشد عن تقسيم العمري والأقوال التي فيها :

1 - إنها هبة مبتوتة أي إنها هبة للرقبة .

2 - أنه ليس للمعمر فيها إلا المنفعة فإذا مات عادت الرقبة للمعمر أو إلى ورثته ، وبه قال مالك وأصحابه ، وعنده أنه إن ذكر العَقِبُ عادت إذا انقطع العَقِبُ إلى المعمر أو إلى ورثته .

3 - إذا قال هي عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكًا للمعمر ، فإذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر أو لورثته . بداية المجتهد جـ 2 ص 331 .

الأول : الاتفاقات لا يمكن أن تتعدى الشخص الثالث بضرر ، ويستثنى من ذلك دائنو المفلس فإن اتفاق أغلبهم على وضع مدينهم على رأس تجارته نظير دفع جزء معين من دينه إلى جميع الدائنين يسري عليهم جميعًا ولو لم توقع عليه الأقلية .

الثاني : الاتفاقات لا يمكن أن ينتفع بها الشخص الثالث ، فلو مات شخص له دين على آخر فاعترف الآخر بحصة أحد الورثة دون الآخرين ، فلا يصح لهم اتخاذ هذا الإقرار حجة ليثبتوا به ما خصهم في الدين . ويستثنى من ذلك الضامن الذي ينتفع بكل امتياز عثر عليه المدين من دائنه ، ولو لم يكن طرفًا في العقد ؛ لأن الضمان تابع للعقد .

فإن كان الشرط يعطي معنيين اتبع المفسر المعنى الذي يفيد ثمرة في التعاقد دون المعنى العقيم ، والمعنى الذي يفهم من روح التعاقد . وإن كان الشرط غير واضح اتبع في تفسيره عرف الاستعمال في بلد التعاقد ، وفي حالة الشك يفسر لصالح الملزم في العقد لا الملتزم ، وتفسر الشروط كلها بما يناسب بعضها البعض ، ولا يشمل التعاقد أشياء لم يكن في نية الطرفين إدخالها التعاقد [1] .

بند [94] نتائج العقود بالنسبة للشخص الثالث

التشريع الإسلامي : الطرفان في العقد من باشراه لأنفسهما أو لغيرهما بصفة قانونية ، ويعطى حكمهما من تلقى عنهما هذا الحق كما سبق . والشخص الثالث هو من عدا ذلك . ولا يتعدى أثر العقد طرفيه للشخص الثالث إلا إذا كان له في ذلك مصلحة وقبلها ، كمن اشتُرِط له في العقد شرط ، وكان كهبة أو قضاء دين وقبله فلا تتعدى الالتزامات من التزموها بضرر للغير [2] .

---

(1) انظر : البنود من 1165 إلى 1167 ، في الفصل السادس ، من الباب الثالث من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 259 .

(2) تقدمت الإشارة في هامش سابق إلى موضوع الاشتراط لمصلحة الغير ، واتجاه غالبية الفقهاء إلى انحصار تأثير العقد وأحكامه في العاقدين وحدهما ، لكن المالكية وابن تيمية أجازوا الاشتراط لمصلحة الغير ، كقاعدة عادة لا تنحصر في بعض العقود ، وهو ما يتفق مع ما أخذت به القوانين العربية المعاصرة كما تقدم . راجع المادة 152 مصري والمادة 156 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية و 154 عراقي و 212 أردني وراجع مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري 192/5 وما بعدها ، ومرشد الحيران مادة 306 . (وانظر البدائع جـ 5 ص 172 وفتح القدير ص 127 و 176 ومجمع الضمانات ص 81 وابن عابدين جـ 4 ص 163) . =

وأما مسالة دائني المفلس فإن الشرط في التفليس أن يطلب تفليسه بعض الغرماء أو الكل ولو أبى بعضهم تفليسه فإنه يفلس لحق الطالب ، ويشترط [1] في التفليس زيادة الدين الحال على ماله الذي بيده أو بقاء ما لا يفي بالمؤجل ، فإن كان الباقي بيده بعد سداد الحال لا يرجى بتحريكه وفاء المؤجل ، ولا يعامله الناس عليه ولم يأت بحميل (كفيل) أفلسه القاضي بالمعنى الأخص يعني باع أملاكه ، فإن كان يرجى بتحريك الباقي بيده من ماله وفاء المؤجل من ديونه ، أو دفع للغرماء جميع ما بيده ولم يتهم بإخفاء شيء لم يفلس بالمعنى الخاص أي تباع أملاكه [2] .

ومعنى هذا أن الإفلاس متى طلبه أحد الدائنين وكان مال المدين لا يفي بالحالّ أو الباقي لا يفي بالمؤجل ، وكان لا يرجى من استمراره في تجارته الوفاء وكان لدودًا في دفع ما عليه أفلسه القاضي حتى ولو اجتمع الدائنون إلا واحدًا على طلب عدم الإفلاس لقول مالك : (إذا أراد واحد من الغرماء تفليس الغريم وحبسه ، وقال بعضهم : ندعه ليسعى حبس لمن أراد حبسه) . فالنظر في الإفلاس وعدمه بعد الترافع للقاضي من اختصاص القاضي ؛ لأنها مصلحة عامة [3] ، ويجوز كثيرًا

= ولكن في ضوء تطور ظروف المجتمع ، وما تقتضيه المصالح المشروعة في التعامل أصبح من الجائز أن يرتب العقد حقا لصالح الغير ، ما دام المتعاقدان يريدان ذلك وما دام الغير يقبل ذلك .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 49) .

(1) من أحاط الدين بماله يُفَلَّس بشروط ثلاثة :

الأول : أن يطلبه أرباب الديون بديونهم الحالة كلهم ، أو بعضهم .

الثاني : أن يكون الدين المطلوب تفليسه به قد حصل أصالة ، أو لانتهاء أجله إذا لا حجر بدين مؤجل .

الثالث : أن يكون الدين الحالّ زائدًا على مال المفلس إذا لا حجر بالدين المساوي ، أو بقى من ماله بعد وفاء الحال مالا يفي بالدين المؤجل .

الخرشي على مختصر خليل (265/5) .

(2) يقول الدردير : « الفلس : إحاطة الدين بمال المدين فيمنع من الهبة وما في معناها ، لا البيع والشراء والتصرف اللازم ما لم تقم عليه الغرماء ، والتفليس الأعم قيام ذي دين حل أجله أو كان حالًّا أصالة على مدين ليس له من المال ما يفي به أي بالدين بأن كان ما معه أقل من الدين ، وكذا إذا كان مساويًا له على ما يفيده النقل ، أما لو كان ما معه أكثر من الدين فليس لهم منعه » . الشرح الصغير جـ 3 ص 137 ، وإرشاد السالك ص 95 .

(3) نظم الفقه الإسلامي أحكام الإفلاس والإعسار منذ فترة بعيدة ، سابقًا في ذلك النظم القانونية الحديثة . وقد هدف الفقهاء بوضوح من تنظيم أحكام الإعسار إلى حصر سلطة الدائن في مال المدين ، وحجب هذه =

كما هو حاصل أن يتفق التاجر مع غالب دائنيه أن يدفع لهما المائة مائة قاصدًا الإضرار بالبعض الآخر فلا يصح للقاضي أن يلحق الضرر بالغير إرضاء للغالب ، وهذه حقوق فردية ملكية لا دخل للأغلبية والأقلية فيها [1] .

فاتفاق غالب الدائنين لا يسري على الكل إلا بالشروط السابقة . وهذا قضاء القاضي لا اتفاق الدائنين متى تحققت له هذه الشروط .

ولا ينتفع الشخص الثالث باتفاق الطرفين إلا إذا كان مشروطًا له وقَبِل . وأما إقرار المدين بحصة وارث في دين عليه للمتوفى المورث فتنفع الوارث ، ويأخذ نصيبه من هذه الحصة ؛ لأنها تكون تركة .

إقرار المدين : إما أن يقول : للمتوفى عندي كذا في ذمتي وأنا أخص به فلانًا من الورثة فليس له حق التخصيص ، ويحمل على أنه تركة تقسم بين جميع الورثة بالميراث الشرعي .

أو يقول : للمتوفى كذا في ذمتي وقد أمرني أن أدفعه لأحد ورثته فلان بعد موته فهو من التركة أيضًا ؛ لأنه يعتبر وصية لوارث ، وهي لا تجوز فإن أجازها بقية الورثة كانت هبة منهم لهذا الوارث لا هبة من المتوفى ؛ لأنه بموته انتقل ملك

= السلطة عن جسده . بخلاف ما كان عليه الحال في النظم القانونية القديمة السابقة على التشريع الإسلامي . وقد راعى هذا التشريع جانب المدين ، فأجاز له المطالبة ببقاء أجل الديون المؤجلة ، وأباح له التصرف في ماله إن وافق الدائنون على تركه يسعى لهم ، وأباح له التصرف بالبيع بثمن المثل ، وترك أشياءه الخاصة ، لا تدخل في التفليسة . ولم يتجاهل هذا الفقه مع ذلك حق الدائنين ، فغلَّ يد الدائن من التصرف بالتبرع أو بالبيع بأقل من ثمن المثل . ولا مراء لهذا في أن هذا التشريع قد سبق النظم القانونية المعاصرة في مراعاة حقوق الدائنين وفي أخذ المدين بالشفقة والرحمة . راجع في ذلك : بداية المجتهد لابن رشد 236/2 وحاشية الدسوقي 261/3 وما بعدها ومصادر الحق للسنهوري 182/5 وراجع المادة 959 من مجلة الأحكام العدلية ، وراجع المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري والأردني في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني في شرح المادة 375 .

(1) في المدونة باب المفلس يريد بعض غرمائه حبسه وتفليسه ويأبى بعضهم : قلت : أرأيت إن قال بعضهم : نحن نسجنه ، وقال بعضهم : نحن لا نسجنه ، ولكنا نرسله بطلب الفضائل حتى يقضينا حقوقنا . قال : إذا تبين الإلداد للسلطان ، وطلب واحد من الغرماء أن يحبسه له سجنه ، فإن شاء أولئك الذي لم يريدوا أن يحبسوه أن يقوموا على حقوقهم فيحاصوا هذا الغريم الذي حبسه في مال المحبوس المطلوب فذلك لهم . المدونة الكبرى جـ 4 ص 118 ، 119 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 288 ، 289 .

تركته لورثته ، فلا تصرف له فيها بعد الوفاة بهبة وإنما له الوصية بشروطها [1] .

أو يقول أمرني المتوفى أن أدفع له ما عندي لولده فلان قبل وفاته ، ولكني لم أدفعها له وسأدفعها الآن بعد الوفاة فهي في التركة أيضًا ؛ لأن الهبة من شرطها القبول والقبض قبل وفاة الواهب [2] ، وإلا بطلت [3] فهي إذًا لجميع الورثة يتقاسمونها حسب النصيب الشرعي [4] .

وإذًا للورثة اتخاذ هذا الإقرار حجة لإثبات المديونية . وبالمثل يصح أن يضرب في مثل هذا إقرار الرجل بزوجيته لامرأة ذات ولد دون اعتراف بالبنوة ، فلا يؤخذ اعترافه بالزوجية حجة على البنوة ، وإنما على الولد المدعي أن يقيم الدليل أنه من

---

(1) قال ابن رشد عن الإقرار بالدين : « وكذلك يجوز إقراره بالدين لمن لا يتهم عليه » . بداية المجتهد جـ 2 ص 285 .

(2) وإن مات الواهب قبل إيصالها (أي الهبة) للموهوب له إن استصحبها الواهب في سفر ، أو أرسلها له ، فإنها تبطل ، وترجع ميراثًا . الشرح الصغير (340/3) .

وفي المدونة رأي يخالف الرأي السابق إذا ورد ما نصه :

قلت : - أرأيت إن وهبت لرجل هبة يرى أنها للثواب فمت قبل أن يقبض الموهوب له هبته ، قال فورثة الواهب مكانه يأخذون الثواب ، ويسلمون الهبة لأن هذا بيع من البيوع . المدونة الكبرى (322/4) .

(3) تقدمت الإشارة إلى ما أخذت به القوانين العربية في اشتراط قبض الهبة وتسليمها وتوثيقها . أما في الفقه الإسلامي فعند الحنفية أنه لا ينتقل ملك الموهوب إلا بالقبض ، أما قبل القبض فتصح الهبة ولكنها تكون هبة غير لازمة (البدائع جـ 6 ص 122 ، الهداية علي هامش فتح القدير جـ 7 ص 113 – 117) .

وعند الشافعية والحنابلة : لا تلزم الهبة ولا ينتقل الملك إلا بالقبض وبذل الواهب الموهوب (المهذب جـ 1 ص 447 ، المغني جـ 5 ص 591 – 593) .

وعند المالكية يستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب علي التسليم ، وله أن يقبض الهبة بغير إذن الواهب . وهذا مبني علي القول المشهور عندهم من أن الموهوب له يتملك الشيء الموهوب بمجرد العقد (انظر المادة 530 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علي مذهب الإمام مالك ومذكرتها الإيضاحية) . وبهذا الرأي أخذت القوانين المدنية العربية .

والسند الشرعي لما أخذت به القوانين المدنية العربية فيما يتعلق بالرسمية والتوثيق هو مصلحة حفظ المال ورفع الخصومة ، طبقًا لما سبق بيانه .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 161) .

(4) قال ابن رشد : « قال مالك : ينعقد بالقبول ويجبر على القبض كالبيع سواء ، ثم قال : فمالك : القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة » . بداية المجتهد جـ 2 ص 329 ، والشرح الصغير جـ 3 ص 342 ، 343 .

فراش صحيح في مدة هذه الزوجية . وأما الضامن فإنه وإن كان ليس طرفًا في تعاقد الدين (إذ يجوز كون الضمان حصل بعد ثبوت الدين) فإن مصير التزامه معلق بالدين وجودًا وعدمًا دفعًا وتأجيلًا ؛ لأنه تابع له لا وجود بدونه ، وإن كان الضمان في أصل عقد الملزومية فهو طرف في التعاقد ، وليس ثالثًا فهو مؤاخذ بما التزام به مباشرة ، وإن كان الضمان تابعًا للدين وجودًا وعدمًا أيضًا في هذه المسألة .

وأما إيضاح العقود عند الإبهام فإن كان هناك عرفٌ عُمِلَ به متى كان لا يأتي على شرط صريح لأحد الطرفين . فإن حصل خلاف في ذات أو صفة أو أجل إلخ فمرجعه لاختلاف المتعاقدين [1] ، وله باب خاص تقدم منه طرف في اختلاف المتعاقدين وسيذكر الباقي في اختلاف المتبايعين في باب البيع . وأما إدخال شيء في التعاقد أو عدم إدخاله فمرجعه أولًا إلى ما نص عليه في العقد فإن لم يوجد نص فمرجعه للعرف والعادة ، فإن لم يكن عرف ولا عادة فمرجعه ما نص عليه شرعًا وذلك :

أولًا : يدخل البناء والشجر في عقد بيع الأرض أو رهنها أو هبتها أو التصدق بها أو وقفها ، ويدخل أيضًا البذر الذي لم ينبت إلا لشرط أو عرف .

ثانيًا : تدخل الأرض في عقد بيع البناء والشجر إلا لشرط أو عرف .

ثالثًا : لا يتناول عقد الأرض مدفونًا بها من رخام وعمد وحلي ونقد بل هو لمالكه ، إن علم بالإثبات أو دلت القرائن عليه وحلف ، وإلا فلقطة أو ركاز . ولا يتناول العقد على الشجر ثمرته إن كانت مؤبَّرة أو كانت ثمرًا منعقدًا ، ولا الزرع الظاهر على الأرض إلا لشرط أو عرف .

رابعًا : يتناول العقد على البيت الثابت فيه كباب ورف وسلم مسمر ورحى مبنية .

فإن اتفق الطرفان على أن نيتهما عدم إدخال هذا الشيء في العقد فَبِها ، وإن اختلفا فمرجعه ما سبق .

---

(1) إن اختلف المتبايعان في جنس الثمن كأن قال البائع : بعته لك بدينار ، وقال المشترى : بل بثوب ، أو في جنس مثمن ، أو اختلفا في نوع الثمن كدنانير ، ودراهم حلف كل منهما على إثبات دعواه ، ورد دعوى صاحبه . الشرح الصغير (100/3) .

خلاصة ما تقدم من المقارنة في العقود العلنية

(من بند 80 إلى نهاية بند 93)

يتفق التشريعان فيما يأتي :

العقود العلنية ، الزواج ، الهبة ، حلول دائن محل آخر ، عدم نقص إرادة المتعاقدين ، الغلط ، الإكراه ، الغش ، الغبن في الثمن ، قاصر تحت الوصاية ، مخبول العقل أو المجنون ، الوعود والشروط لأجل الغير ، الشرط في العقد لمصلحة الغير ، إمكان استرجاع الشرط للغير ، نتائج العقود ، طرفا العقد ، نتائج العقود بالنسبة للشخص الثالث .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

التبني ، عقد ترتيب أموال الزوجين ، تنازل الزوجة عن زوجها في الرهن القانوني ، قبول الميراث وظهور مديونية التركة ، الممنوع قضاء من التصرف ، المرأة المتزوجة لا تعقد بدون إذن زوجها ، قاصر رفعت عنه الوصاية ، مشترى الوصي أموال القاصر ، عقد الزوج مع زوجته .

بند [95] بطلان العقود أو إلغاؤها

القانون الفرنسي :

(أ) إلغاء العقود :

يوجد ثلاثة أنواع للإلغاء :

(1) عدم وجود العقد .   (2) إلغاء عام .

(3) إلغاء خاص . فعدم وجود العقد يتحقق عند عدم تحقق شرط تكوين العقد كإرادة المتعاقدين ، أو مادة التعاقد أو العلنية أو السبب .

والإلغاء العام يتحقق عند مخالفته القانون العام أو الآداب العامة كوجود سبب غير قانوني . والإلغاء الخاص يتحقق عند وجود نقص في الإرادة أو عدم أهلية التعاقد يعني شرط الصحة ، والفرق بين عدم وجود العقد والإلغاء العام والإلغاء الخاص :

أولًا : العقد غير الموجود أو الملغى إلغاءً عامًّا لم يوجد إلا ظاهرًا ، ولا يترتب عليه أي أثر ، وليس بلازم رفع الأمر للقضاء للفصل فيه بل يكفي عند الضرورة رفع الأمر لتحقيق عدم وجوده . والعقد القابل للإلغاء بالعكس تترتب عليه آثاره ونتائجه مثل العقد الصحيح . ولإلغائه يتعين رفع دعوى الإلغاء والحصول على حكم بإلغائه وهو حكم إيجادي .

ثانيًا : العقد القابل للإلغاء لا يطلب إلغاءه إلا الطرف الواقع عليه الضرر فقط كالمكره أو المغشوش بخلاف العقد غير الموجود فللطرفين معًا أو لأحدهما إثبات حقه في عدم الوجود .

ثالثًا : العقد غير الموجود أو الملغى إلغاءً عامًّا لا يسقط فيه الحق بمضي المدة ، ولا يمكن إصلاحه ، بخلاف العقد القابل للإلغاء فينقلب صحيحًا بالتصحيح أو بمضي المدة . ومع ذلك يتفق الإلغاء الخاص والإلغاء العام أو عدم الوجود فيما يترتب عليهما بعد الحكم بإلغاء التعاقد إلغاءً خاصًّا ؛ حيث إن هذا الحكم يرجع للماضي ، وكأن العقد لم يوجد ، ويمحو أثره في المستقبل .

(ب) دعوى إلغاء العقد :

وهي الدعوى التي ترفع لمحو عقد لحقه نقص خاص سواء لنقص في الإرادة أو لنقص في أهلية التعاقد .

والذي يملك رفع دعوى الإلغاء الخاص هو من تحمل النقص في إرادته أو فقد أهلية

التعاقد أو دائنوهم بسند عرفي أو من تلقى عنهم الملك بعنوان عام مع ملاحظة ما يأتي :

(1) للزوج رفع دعوى إلغاء العقد الصادر من زوجته ؛ لأن سلطته كزوج لم تكن مراعاة .

(2) كل شخص له منفعة له الحق في رفع دعوى الإلغاء لسبب الحجر القانوني لأنه من الحقوق العامة .

(جـ) نتائج حكم إلغاء العقد :

حكم إلغاء العقد يرجع للماضي فيجعل العقد كأن لم يكن ، ويقطع ما ترتب على العقد في الحاضر والمستقبل ويبطل نتائجه الماضية . فإن كان العقد لم ينفذ رفع الحكم بالإلغاء من كل طرف لمنع حقه المترتب على التنفيذ وأصبح لا يصح تنفيذه من أي طرف منهما ، وإن كان العقد تنفذ أرجع كل طرف ما أخذه من الطرف الآخر .

ويلاحظ أن حكم إلغاء التعاقد متى كان لعدم الأهلية فليس عديم الأهلية ملزمًا برد ما قبضه من الطرف الآخر إلا إذا استفاد به في ماله واستعمله ليساره بشرط إقامة الدليل على ذلك . وإلا فإذا أنفقه في ملذاته أو فيما لا يعود عليه بنفع فليس للطرف الآخر الرجوع عليه ؛ لأنه سلطه على هلاك ماله فهو المفرط ، وكان عليه أن يعرف مع من يتعاقد .

ويلاحظ أيضًا أنه إذا كان الإلغاء لسبب مخالفة العقد للنظام العام أو الآداب ، فليس لمن نفذ العقد من جانبه أن يرجع بما أداه للآخر ، هذا رأي المتشرعين ويخالفهم العلماء بدعوى أن هذا مخالف لمواد 1131 و 1135 من القانون المدني .

وكل حق تعلق للغير على العقد الذي حكم بإلغائه أصبح لاغيًا أيضًا ، ولا يترتب عليه أثره ؛ فكل حق رتبه المشتري لعقار عليه للغير قبل إلغاء عقد البيع قد أُلغي وعاد العقار لصاحبه كيوم باعه . ويجب تسجيل حكم إلغاء العقد وإعلانه لما يترتب عليه من حقوق للغير ، ويجب التأشير على هامش التسجيل العقاري تحت ملاحظة محضر الدعاوى الذي اكتسب الحكم لموكله وإلا عوقب بغرامة ، ومع ذلك فحكم إلغاء التعاقد معارض للغير ولو لم يسجل [1] .

بند [96] بطلان العقود أو إلغاؤها

التشريع الإسلامي : يكون العقد باطلًا ويكون فاسدًا ، ويمكن تسمية العقد

---

(1) انظر : البنود من 1108 إلى 11025 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 247 : 251 .

الباطل عقدًا ملغى إلغاء عامًّا ، ويمكن تسمية الفاسد عقدًا مُلْغى إلغاءً خاصًّا .

والعقد الباطل أو الغير موجود أو الملغى إلغاءً عامًّا هو مالم يوجد فيه ركن من أركان العقد (1) التي بها يتكون ويوجد كعقد المجنون والصغير غير المميز ، وكعدم وجود ثمن أو مثمن مثلًا فهذه العقود وما شابهها مما فقد ركنًا من أركان وجوده تعتبر باطلة وغير موجودة . ويتحقق أيضًّا في مخالفة الشرع والآداب العامة (2) .

والعقد الفاسد أو الملغى إلغاءً خاصًّا هو ما لم يوجد به شرط صحة (3) أو كان به نقص في إرادة المتعاقدين (4) أو كان به نقص شرط لمصلحة أحد المتعاقدين إلخ ، فيشمل عقد النكاح والدخول بدون شهود وعقد السفيه والصغير المميز ومن اشترط شرطًا مقصودًا له لم يتحقق إلخ (5) .

والفرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد أن العقد الباطل لا وجود له ، فلا يترتب

---

(1) قاعدة : العقد الباطل عقدًا أو الملغى إلغاء عامًّا هو ما لم يوجد فيه ركن من أركان العقد .

(2) قاعدة : العقد الفاسد أو الملغي إلغاء خاصًّا هو ما لا يوجد به شرط صحة أو كان به نقص في إرادة المتعاقدين .

(3) تحدث فقهاء المالكية عن العقود الباطلة والفاسدة ، ونصوا على انتهاء حق استرداد المبيع في العقد الباطل بخروجه إلى يد الغير بتصرف صحيح . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه جـ 3 ص 74 . وجاء في الشرح الصغير (2/3) لا يصح البيع من غير مميز لصغر أو جنون .

(4) العقد الذي أخل فيه بشرط من شرائط صحته ، يجب فسخه في الحال .
المدونة الكبرى (203/3) .

(5) تناولت المادة 179 من التقنين الكويتي بعض أحكام العقد القابل للإبطال ، ونصها : « العقد القابل للإبطال ينتج آثاره ، ما لم يقض بإبطاله ، وإذا قضي بإبطاله اعتبر كأن لم يكن » ، وتقابل هذه المادة 110 ، 130 مصري . وتقابل فكرة العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي والقانون المدني المصري معيار العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، وهو معيار أرقى في الصناعة الفنية . وإنما يختلف العقد الموقوف عن العقد القابل للإبطال في أن هذا الأخير ينشأ صحيحا منتجا لأثاره ، إلي أن يطلب إبطاله فيبطل أو تلحقه الإجازة فيظل صحيحا بصورة نهائية ، بينما ينشأ العقد الموقوف صحيحا ولكنه لا ينتج آثاره فتظل هذه الآثار موقوفة إلي أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الإجازة فينفذ .
ومن ثم فإن فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للإبطال في أن العقد الذي يشوبه نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة أو انعدام الولاية علي المحل يحسن أن يقف حتى تلحقه الإجازة ، فهذا أولي من أن ينفذ حتى يطلب إبطاله ، وذلك لملافاة التعقيدات التي تنشأ عن إبطال العقد بعد نفاذه .
ويختلف العقد الموقوف عن العقد الذي يثبت فيه خيار الفسخ . فالعقد الموقوف ينشأ صحيحًا ، ولكنه يكون غير نافذ . أما العقد الذي يثبت فيه للعاقد خيار الفسخ فينشأ صحيحًا نافذًا ، ولكنه يكون غير لازم ، فيكون للعاقد الخيار بين إمضاء العقد وفسخه .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 37 ، 38 ، ومصادر الحق للسنهوري 137/4 وما بعدها . وقد ذكر السنهوري 306/4 أن الأولى بالفقه الغربي أن يستعير من الفقه الإسلامي فكرة العقد الموقوف ، فيجعل العقد المشوب بالغلط أو التدليس أو الإكراه موقوفًا لا قابلا للإبطال) .

عليه أي أثر [1] والواجب فيه التتارك ، وكل طرف يأخذ ما دفعه ، ويجوز لكل منهما التصرف فيما يخصه قبل العقد الباطل كما يشاء من غير حكم حاكم .
والعقد الصحيح فيه الضمان بمجرد التعاقد على المشترى إلا ما فيه حق توفية .
والعقد الباطل لا ضمان فيه إلا بقبض المبيع فهو على ذمة وملك البائع مثلًا ، والعقد الفاسد ما ترتب عليه أثره قبل الحكم بالفساد ، وإن كان يجب فيه رد المبيع لبائعه إن لم يفت ، ولا يجوز الانتفاع به ما دام قائمًا ، ويرد المبيع من غير حكم حاكم متى اتفق الطرفان إن كان مجمعًا على فساده فهو ملحق بالباطل . وإن كان مختلفًا في فساده فلا بد من فسخ الحاكم أو من يقوم مقامه إن لم يتفقا على الرد .
والعقد الباطل لكل شخص طلب تحقق بطلانه لأنه من باب إزالة المنكر ، إذا كان

(1) تناولت المادة 141 من القانون المدني المصري بعض أحكام العقد الباطل ، ونصها :
1 - إذا كان العقد باطلًا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة .
2 - وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت العقد .
وتطابقها في الحكم المادة 168 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :
1 - العقد الباطل ما ليس مشروعًا بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة .
2 - ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها .
3 - ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمسة عشرة سنة من وقت العقد .
(انظر المادة 213 من مرشد الحيران) .
وتقابل المواد من 184 إلى 186 من التقنين الكويتي فالمادة 184 من هذا التقنين تنص علي أن : « العقد الباطل لا ينتج أي أثر ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها » .
والمادة 185 من هذا التقنين تنص على أن : « العقد الباطل لا يتصحح بالإجازة » .
والمادة 186 من هذا التقنين تنص على ما يأتي :
1 - العقد الباطل لا يصحح بمرور الزمان .
2 - إلا أن دعوي البطلان تسقط بمرور خمس عشر سنة من تاريخ العقد .
وتطابق الفقرتين الأولي والثانية منها في الحكم المادة 141 من التقنين العراقي التي تنص علي أنه « إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة » .
(انظر المادة 313 من مرشد الحيران) .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 41) .

فيه ذلك ، أو محافظة على مال مجنون مثلًا . والعقد الفاسد لا يطلب الحكم بفساده إلا من لحقهم الضرر ، أو من يمثلهم كالوصي والولي والزوج .

والعقد الباطل يسقط فيه الحق بمفوت من المفوتات الآتية ، ويمكن عمله من جديد ويكون عقدًا مبتدأ من تاريخ عمله . وأما العقد القابل للإلغاء فينقلب صحيحًا بالتصحيح أو بإجازته أو بمفوت كذلك .

ولا يتفق الإلغاء العام يعني البطلان والإلغاء الخاص فيما يترتب عليهما بعد الحكم بالإلغاء لأن الحكم بالإلغاء في الباطل هو تقرير حقيقة ، فيرجع ليوم التعاقد فيمحي أثر العقد في الماضي والمستقبل . وأما الحكم في الإلغاء الخاص أو الفاسد فيرجع ليوم الحكم فقط؛ ولهذا يفوز المشتري بالغلة (بالثمرة) إلى يوم الحكم برد المبيع متى كان المبيع قائمًا .

فإن فات المبيع بيد المشتري فإن كان مختلفًا فيه بين العلماء صحةً وفسادًا مضى بالثمن الذي وقع به . وإن كان متفقًا على فساده عند كل العلماء حتى ولو في المذاهب الأخرى مضى بالقيمة يوم القبض ، بمثل المثلي إن علم قدره ووجد في البلد وإلا فقيمته يوم الحكم عليه به .

فالحكم لا يرجع للماضي إلا في العقد الباطل . وأما المختلف فيه فيرجع ليوم الحكم فقط . فإن اتفق المتعاقدان على فسخه دون انتظار حكم حاكم صح ؛ لأنهما عقداه فيملكان حله .

ودعوى إلغاء العقد لنقص خاص لحق أحد المتعاقدين في إرادته أو في أهليته يملكها الزوج بالنسبة لزوجته فيما زاد عن الثلث في تصرفها بهبة ، والوصي والولي بالنسبة لصغيره أو لمحجوره . ويجوز لكل من لحقه ضرر كدائن طلب إلغاء العقد إلغاءً خاصًا محافظة على حقوقه [1] .

---

(1) يقول ابن رشد في بداية المجتهد 282/2 « فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف في المذهب في أنه لا يحوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذن له الأب في ذلك أو الوصي » . لكن لو أخرج من يده شيئًا بعوض فإنه يكون موقوفًا على نظر وليه إن كان له ولي ، فإن رآه رشدًا أجازه وإلا أبطله ، وإن لم يكن له ولي قدم له ولي ينظر في ذلك . وإن عمل في ذلك ، حتى يلي أمره كان النظر إليه في الإجازة والرد » . الشرح الصغير جـ 3 ص 156 ، 157 .

نتائج حكم إلغاء العقد :

حكم إلغاء العقد يتعلق بالعقد نفسه فإن كان باطلًا أو فاسدًا ، ولم يتنفذ أوقف تنفيذه وبرئ كل طرف مما التزم به ، وإن تنفذ فإن كان الثمن والمثمن باقيين على حالهما ، ولم يتغير منهما شيء ولم يفت واحد منهما بمفوت استرد كل واحد من الطرفين ما دفعه من الثمن والمثمن [1] .

ومتى تم إلغاء العقد انقطع ما يترتب عليه في المستقبل [2] ونتائجه الماضية فيها تفصيل كما سيأتي :

1 - إذا تصرف الصبي المميز والسفيه في مالهما بعقد معاوضة مالية بغير إذن وليهما وكانت المعاوضة على وجه السداد فإن لوليهما الإجازة والرد ولا فرق بين العقار وغيره ، وقد [3] اختلف فيه على ثلاثة أقوال :

أولها : أن البيع يرد على كل حال ولا يتبع بشيء من الثمن لأن المشتري سلطه على إتلافه .

الثاني : يرد البيع إن رأى الولي المصلحة فيه ، ولا يبطل الثمن عن اليتيم أو السفيه ، ويؤخذ من ماله الذي صانه (حفظه به) بذلك الثمن فإن ذهب ذلك المال ، وتجدد غيره فلا يتبع بالثمن .

الثالث : أن البيع يمضي ولا يرد .

والمعتمد من هذه الأقوال الثلاثة القول الثاني .

2 - إذا تصرف الصبي المميز والسفيه في مالهما بعقد معاوضة بأقل من الثمن أو لغير مصلحة فإن البيع يرد قولًا واحدًا ، ولا يبطل الثمن عن اليتيم متى أدخله

---

(1) وأما القسم الثالث وهو ما أخل فيه بشرط من شرائط صحته ، فإنها تنفسخ على كل حال ، ولا خيار في ذلك لأحد المتبايعين ، وترد السلعة إلى البائع إن كانت قائمة أو قيمتها يوم القبض إن كانت فائتة ، ويرد البائع الثمن على المشترى . المدونة الكبرى (203/3) .

(2) قاعدة : إذا تم إلغاء العقد انقطع ما يترتب عليه في المستقبل .

(3) شرط لزوم البيع أن يصدر من مكلف ، وهو الرشيد البالغ ، فإن صدر من غيره كصبي أو سفيه لم يلزم ، وإن صح . وللولي رد تصرف مميز ، وهو شامل للسفيه . الخرشي على مختصر خليل ، وبهامشه حاشية العدوي (9/5) .

فيما لا بد له منه .

3 – فإن كان تصرفهما بلا معاوضة تعين على الولي رده [1] .

فالذي مشى عليه واضع القانون الفرنسي هو القول الثاني ، وهو أن عديم الأهلية لا يضمن ما أخذه من ثمن أو مثمن إلا إذا استفاد به في ماله واستعمله ليساره [2] .

والقاعدة تفريعًا على القول الثاني أن الصبي والسفيه يضمنان ما أفسداه في مال الغير في ذمتهما فتؤخذ قيمة ما أفسداه من مالهما الحاضر إن كان وإلا اتبعا بها في ذمتهما إلى وجود مال . كل هذا الضمان إن لم يكن المال تلف في أيديهما أمانة . فإن كان المال المتلف أمانة في أيديهما فلا ضمان عليهما ؛ لأن من أمنه قد سلطه على إتلافه ؛ فإن كان الذي أمنه هو رب المال فقد ضاع هدرًا (ومنه الثمن والمثمن الذي تعاقد عليه) وإن كان غيره فعلى المؤمن الضمان لتفريطه .

فإن حفظ الصبي أو السفيه ماله بما اؤتمن عليه من مال الغير فيضمن الأقل مما صونه به ، وما أتلفه يغرمه من ماله الذي صونه إن كان له مال وقت الإتلاف وبقي لوقت الحكم وإلا فلا غرم عليه ، ولو استفاد مالًا بعد الإتلاف ؛ لأن الضمان لا يتعلق بذمة عديم الأهلية في هلاك ما اؤتمن عليه ، وإنما يتعلق بالمال

---

(1) تناولت المادة 111 مدني مصري حكم تصرف الصبي المميز ، ونصها :

1 – إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررًا محضًا .

2 – أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون .

وقد أخذت المادة 96 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 118 أردني والمادة 97 عراقي بفكرة العقد الموقوف التي يقول بها الفقه الإسلامي بدلا من فكرة العقد القابل للإبطال ، فتكون تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة علي إجازة وليه في الحدود التي يجوز فيها التصرف ابتداء أو إجازة المحكمة أو إجازته هو بعد بلوغه سن الرشد .

وهذه الفكرة مستمدة من الفقه الإسلامي على ما سبق بيانه قبل قليل ، وهو ما يظهر في المادة 967 من المجلة ، والمادتين 270 و 271 من مرشد الحيران .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 23) .

(2) قاعدة : عديم الأهلية لا يضمن ما أخذه من ثمن أو مثمن إلا إذا استفاد به في ماله واستعمله ليساره .

الذي صانه بما أنفقه [1] .

وإذا كان العقد مخالفًا للنظام العام كمن تعاقد مثلًا على استئجار امرأة للزنا فلا يجب الوفاء به ؛ لأنه فاسد . ومن دفع من جانبه فلا يلتزم الجانب الآخر بدفع المقابل . فإن دفع الرجل الأجر فلا يحل للمرأة أخذه ، وأرى أنه ليس له الرجوع بما دفع أدبًا له . وهذا أمر يذيع فعل الفاحشة والواجب الستر . فإن كان الثمن مؤجلًا فلا يجب الدفع ، ويحرم على القاضي الحكم لأن هذا أثر لعقد فاسد والعقد الفاسد لا أثر له في المستقبل .

وكل حق تعلق للغير على العقد الذي حكم بإلغائه أصبح لاغيًا [2] ، ولا يترتب عليه أثره متى ردت العين المبيعة لبائعها فإن فاتت فقد دخلت في ملك المشتري ، وعليه قيمتها إن كانت مقومة أو مثلها إن كانت مثلية كما سبق . فإذا باع سفيه أو صبي مميز عقارًا وقبضه المشتري ثم رتب عليه حق ارتفاق للغير ورد الوصي أو القيم البيع فقد بطل ما رتبه المشتري من حق ارتفاق للغير ؛ لأنه تبين أنه رتب حقًّا فيما لا يملك . وأما الرهن والإجارة للعين المبيعة فيفيتان البيع ، فإن رده الوصي أو الولي فله القيمة يوم القبض .

وأما تسجيل حكم إلغاء العقد فهذا من النظام لا من الأحكام الفقهية ؛ لأن فيه حفظ حق الغير فإن أمر به ولي الأمر وجب ، وإلا فيكفي حكم الحاكم ؛ لأن المفروض أن حكم الحاكم يصدر علنًا وفيه الكفاية في العلنية لأن حكم القاضي المفروض فيه العلنية .

بند [97] أسباب سقوط الحق في رفع دعوى الإلغاء

القانون الفرنسي : الحق في دعوى إلغاء العقود يختفي لسببين :

الأول بتصحيح العقد القابل للإلغاء ، والثاني بمضي المدة .

الأول : تصحيح العقد القابل للإلغاء ، وهو ما يعمله الشخص لصحة العقد القابل للإلغاء بتنازله عن حقه في رفع دعوى الإلغاء الممنوح له قانونًا .

---

(1) قال ابن رشد : « يلزم الصغير ما أفسد في ماله مما لم يؤتمن عليه ، واختلف فيما أفسد وكسر مما يؤتمن عليه » . بداية المجتهد جـ 2 ص 282 ، 204 ، 205 .

(2) قاعدة : يزول كل حق تعلق للغير في العقد الذي حكم بإلغائه .

وتصحيح العقد ليس معناه عمله مرة أخرى ؛ إذ إن عمل العقد مرة أخرى يقضي بوجود شروط العقد جميعها مبتدأة ثم يحصل التعاقد من جديد بين الطرفين ، وتصحيح العقد عمل من جانب واحد ، وهو تنازل صاحب الإلغاء عن حقه فيشترط فيه أهلية التعاقد وحرية الإرادة الكاملة .

وتصحيح العقد ليس معناه تغيير الالتزامات أو الأشخاص ، فإن تغيير الالتزامات معناه استبدال التزام بدل آخر بين المتعاقدين ، ولكن تصحيح العقد إبقاء كل شيء على حاله في العقد القابل للإلغاء ، فقط يتنازل صاحب الإلغاء عنه .

تصحيح العقد ليس معناه قبول ما تعاقد به الفضولي باسمه ، فإن زيدًا إذا تعاقد مع عمرو لصالح إبراهيم بدون وكالة أو تفويض عن إبراهيم وكان التعاقد يصح إلغاؤه فليس معنى تصحيحه أن يقبل إبراهيم ما تعاقد عليه زيد ، وإنما التصحيح أن يتنازل إبراهيم الذي تعاقد عن حقه زيد في الإلغاء شخصيًّا .

العقود التي يجوز تصحيحها :

كل عقد يكون قابلًا للإلغاء الخاص يمكن تصحيحه . وأما العقود المعتبرة غير موجودة أو الملغاة إلغاءً عامًّا فيجب عملها من جديد واستكمال شروطها المطلوبة قانونًا كالهبة بإمضاء عرفي ، فيجب إعادة عملها أمام مسجل العقود .

ويستثنى من ذلك أن وارث الواهب له أن يفعل ما لم يفعله الواهب حال حياته ، وإن كان ذلك مخالفًا لقاعدتين :

(1) ليس للوارث حق زائد عن حق مورثه ، وقد منعه القانون .

(2) ليس لغير الطرف الذي وقع عليه الضرر أن يصحح العقد وقد أباح القانون للورثة ذلك .

شروط صحة التصحيح للعقود القابلة للإلغاء :

لكي يكون التصحيح قانونيًّا :

أولًا : يجب أن يكون النقص في العقود الذي جعلها قابلة للإلغاء قد اختفى بالتصحيح فيزول الغش ويختفي الإكراه .

ثانيًا : يجب أن يكون مصحح العقد حائزًا لأهلية التعاقد فيبلغ القاصر ، ويفك

الحجر عن المحجور عليه والمرأة المتزوجة تطلق أو يفرق بينهما جسمانيًا وهكذا .

ثالثًا : يجب أن يكون مصحح العقد عارفًا بالنقص الذي جعل العقد قابلًا للإلغاء ، وأن نيته تصحيح هذا العقد باختفاء هذا النقص .

وتصحيح العقد يكون صريحًا أو ضمنًا ، والصريح يكون بكتابة مسجلة أو تحت إمضاء عرفي . ويجب النص في التصحيح الكتابي على بقاء جوهر العقد القابل للإلغاء ، وذكر العيب الذي جعله قابلًا للإلغاء ، وذكر إرادته الصريحة في تصحيحه . والتصحيح الضمني يكون في كلِ عمل يفهم منه التنازل عن دعوى الإلغاء كالتصرف في المبيع أو تنفيذ العقد كلًا أو بعضًا إلخ .

نتيجة التصحيح : التصحيح يجعل العقد سليمًا وكأنه لم يكن قابلًا للإلغاء من وقت حصوِله وكل ما يترتب عليه يكون صحيحًا مع الاحتفاظ لدائني المصحح بحقوقهم قِبله ، متى كان تصحيح العقد أضر بحقوقهم ، فلهم طلب إلغاء هذا التصحيح والتمسك بحقوقهم .

سقوط حق الإلغاء بمضي المدة :

يسقط حق طلب إلغاء العقد لعيب خاص فيه بمضي عشر سنوات ، ويطبق عليه كل أحوال سقوط الحق بمضي المدة من انقطاع وتعليق ، ولا يطبق حق السقوط إلا على كل دعوى متعلقة بإلغاء عقد إلغاء خاصًا ويخرج من ذلك :

(1) دعوى تحقيق عدم وجود عقد .

(2) دعوى إبطال عقد أو فسخه .

(3) دعوى استرداد هبة لعدم تنفيذ شرط الواهب ، أو لإساءة الموهوب له للواهب .

(4) دعوى بولين التي يرفعها الدائن ضد مدينه لإبطال العقود الصادرة منه إضرارًا بدائنيه ، هذه الدعاوى لا يطبق عليها سقوط الحق بمضي عشر سنين بل ثلاثين سنة . وكذلك يخرج من هذا السقوط لعشر سنين الأعمال القانونية التي تصدر من جانب واحد (الوصية والتنازل أو قبول الميراث) فسقوطها ثلاثون سنة .

وتبدأ المدة للعشر سنين من اليوم الذي يمكن فيه تصحيح العقد صراحة (أعني

من يوم انقطاع الإكراه ، وظهور الغش ، وانحلال الزواج ، ورفع الحجر ، وبلوغ القاصر) .

ونتيجة سقوط حق دعوى الإلغاء للعقد أنها لا تقبل ويعتبر هذا تصحيحًا للعقد ضمنًا .

وتسقط دعوى إلغاء العقد بمضي عشر سنين كما يسقط الدفع من المدعى عليه تبعًا لدعوى الإلغاء المذكورة إذا كان المدعى عليه هو صاحب حق الإلغاء ، أو تسقط دعوى الإلغاء فقط ولا يسقط الدفع بطلب الإلغاء بل هو مستمر (كمن اشترى من قاصر منزلًا فسكت القاصر عشر سنين عن طلب الإلغاء كنص القانون فرفع المشتري على القاصر دعوى التسليم فدفع القاصر بأن العقد مُلْغى ، وليس ملزمًا بتنفيذه لأنه كان قاصرًا) ، وجواز الدفع من المدعى عليه بطلب إلغاء العقد أدلته كثيرة وجرى العمل به (1) .

بند [98] أسباب سقوط الحق في رفع دعوى الإلغاء

التشريع الإسلامي : دعوى إلغاء العقد تختفي :

أولًا : بتصحيح العقد القابل للإلغاء .

ثانيًا : بالفوات ويمضي المدة .

الأول : تصحيح العقد القابل للإلغاء : وهو إجازة العقد وإمضاؤه ممن يملك حق رفع دعوى الإلغاء ويجب أن يكون العقد المجاز هو نفس العقد الأول الذي كان يصح إلغاؤه ، فتبقى شروطه وأطرافه وموضوع التزاماته ، فإن تغير شيء من ذلك كان عقدًا جديدًا وليس تصحيحًا .

ومن تصحيح العقود إجازة عقد الفضولي . والذي له الحق في التصحيح والإجازة هو مالك الثمن أو المثمن الحقيقي الذي تعاقد عليه الفضولي ، وليس هو الفضولي . فإنه لم يَعْتَدِ عليه أحد في حقه في التصرف في ملكه ، وإنما هو الذي افتات على غيره . فإذا تعاقد زيد على بيع منزل لعمرو بدون وكالة منه ، وتم تعاقده مع إبراهيم

---

(1) انظر : البنود من 1304 إلى 1314 ، في الفصل السابع ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 924 : 926 .

فعلم عمرو ببيع منزله بغير علمه فله إجازة بيع زيد فيصح البيع [1] ، وله إلغاؤه فيبطل البيع فصاحب الحق في تصحيح العقد هو المالك المفتات عليه في ملكه [2] .

والعقود التي يجوز تصحيحها : هي كل عقد قابل للإلغاء الخاص لعدم أهلية أحد المتعاقدين أو لنقص حق لأحدهما فيما اتفقا عليه . وأما العقود الباطلة لفقد ركنها أو شرط وجودها أو شرط الانتفاع بالثمن والمثمن أو القدرة على تسليمها مثلًا من كل شرط لو فقد لفقد معنى التعاقد فلا يدخلها التصحيح إلا بتحقيق ما كان سببًا في فسادها [3] أو في هدم كيانها وتحقيقها .

ويدخل في العقود التي يجوز تصحيحها بيع الصغير المميز أو عقوده العوضية وعقود السفيه وتصرفات الفضولي في أملاك غيره ، وبيع المكره جبرًا حرامًا وهبة الزوجة أزيد من ثلث مالها لغير زوجها (مذهب مالك) ، وعقود المفلس الذي قامت

---

(1) يقول الدردير : « وصح بيع غير المالك للسلعة وهو المسمى بالفضولي ، ولو علم المشتري أن البائع لا يملك المبتاع وهو لازم من جهته منحل من جهة المالك ووقف البيع على رضاه ما لم يقع البيع بحضرته وهو ساكت فيكون لازمًا من جهته؛ وصار الفضولي كالوكيل » . الشرح الصغير جـ 3 ص 5 .

(2) تناولت المادة 466 من القانون المدني المصري حكم بيع ملك الغير ، ونصها :

1 - إذا باع شخص شيئًا معينًا وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل .

2 - وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد .

والحكم الوارد في هذه المادة هو القبول للبطلان ، أما القوانين العربية فقد أخذت بفكرة العقد الموقوف بدلا من القابلية للإبطال . وقد تقدم أن فكرة وقف العقد أجمع لتحقيق المصالح وأيسر في ضمان حقوق المالك من القابلية للبطلان ، وقد أخذ بوقف تصرف الفضولي على إذن المالك وإجازته كل من القانون المدني العراقي والأردني ؛ فالمادة 5/135 من التقنين العراقي تنص على أن « من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفًا على إجازته المالك » . والمادة 550 من التقنين الأردني تنص على ما يأتي :

1 - إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع .

2 - ولا يسري البيع في حق مالك العين المبيعة ولو أجازه المشتري . وتقابل المادة 509 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه : « إذا باع شخص مالًا للغير فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع أو أقر المالك البيع » ويتفق هذا مع وجهة الفقه الإسلامي .

انظر : في ذلك المواد 111 و 112 و 368 و 377 من المجلة . والمادتين 355 و 396 من مرشد الحيران ، والمادتين 149 ، 150 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ومذكرتها الإيضاحية .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 153) .

(3) قاعدة : العقود التي تفقد ركنها أو شرط وجودها لا يدخلها التصحيح إلا بتحقيق ما كان سببًا في فسادها .

عليه الغرماء لا الذي أفلس بالفعل وكل عقد جاز لأحد الطرفين فسخه بعيب [1] إلخ .

وأما الهبة فلا يشترط تسجيلها أمام مسجل العقود ، ويكفي الإشهاد عليها استحسانًا .

وإذا أوصى المالك بأزيد من ثلث أملاكه أو أوصى لوارث جاز للورثة إجازة ذلك لأن هذا أصبح ملكًا لهم بوفاة المورث ، ومتى أجازوه كان ابتداء عطية منهم [2] .

ويشترط في تصحيح العقود أن ينصب التصحيح والإجازة على العيب الذي به كان العقد قابلًا للإلغاء . فإن كان العقد به أكثر من عيب وأجاز واحدًا فقط ، وبقي العيب الآخر لم يسقط حق الإلغاء به كمن أجبر على البيع جبرًا حرامًا فباع ، ولما قبض الثمن وجد به عيبًا يبيح له الرد فإن أجاز البيع المجبر عليه بما له حق تصحيحه بإجازته بقي له الحق الآخر في الفسخ لما وجد في الثمن من عيب يجيز له الرد [3] .

(1) المواد القانونية التي تناولت صور العقد الموقوف عديدة ، من بينها المادة 134 من التقنين العراقي التي تقول : « إذا انعقد العقد موقوفًا لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد ... كما أن له أن يجيزه .. » وما جاء في الفقرة الأولى من المادة 135 من هذا التقنين التي تقول : « من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفًا على إجازه المالك » . وتقابله المادة 171 من التقنين الكويتي التي تقول : « العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفًا دائرًا بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك » . والمادة 179 من التقنين الكويتي التي تقول : « العقد القابل للإبطال ينتج أثاره ، ما لم يقض بإبطاله ، وإذا قضى بإبطاله اعتبر كأن لم يكن » .

(2) لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث ، وذلك لما ثبت عن رسول اللّه ﷺ . أنه عاد سعد بن أبي وقاص ، فقال له : يا رسول اللّه قد بلغ مني الوجع و أنا ذو مال ، ولا يرثني إلا ابنة لي ، أفأتصدق بثلثي مالي ؟ فقال له رسول اللّه ﷺ : « لا » ، فقال سعد : فالشطر ؟ قال : « لا » ،ثم قال رسول اللّه ﷺ : « الثلث ، والثلث كثير ، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عاله يتكففون الناس » . بداية المجتهد (335/2) . واتفقوا على أن الوصية لا تجوز لوارث لقوله عليه الصلاة والسلام . « لا وصية لوارث » . بداية المجتهد (334/2) .

و إن أجيز ما أوصى به للوارث أو الزائد على الثلث أي أجازه الورثة فعطية منهم أي ابتداء عطية لا تنفيذ لوصية الموصي . الشرح الصغير (183/4) .

(3) قال الدردير : « إن هدم الحائز أو بنى وكذا إن غرس أو قطع الشجر فلا تسمع دعوى المدعي ولا بينته ، وهذا في الفعل الكثيرْ عرفًا ، فهدم شيء يسير أو بناؤه مما لا بد منه عادة كفرن أو غرس أو قطع شجرة ونحوها لا يعتبر » . الشرح الصغير جـ 4 ص 69 .

ويشترط أن يكون مجيز العقد ومصححه يملك الصفة التي كانت سببًا في جواز الإلغاء يعني يزول إكراهه ، ويبلغ الصبي ويفك الحجر إلخ ، وبالضرورة لا يقال إن العقد صحيح إلا إذا كان مصححه يعلم لماذا أجاز أو صحح وكان العيب كذا .

وتصحيح العقد أو إجازته يكون صريحًا بأجزت أو ضِمْنًا بكل ما يفهم منه إجازة التعاقد . ولا يشترط الإشهاد على التصحيح ؛ لأنه يكفي فيه الشهادة بالتصحيح لا الإشهاد رسميًا [1] .

---

(1) تناولت المادة 139 من القانون المدني المصري أثر إجازة العقد الموقوف ، ونصها :

1 - يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية .

2 - وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير .

والإجازة هي النزول عن الحق في إبطال العقد الموقوف . فهي تصرف قانوني من جانب واحد . ومن ثم يصح أن تكون صريحة أو ضمنية . ويجب أن تتوفر فيها الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني .

ويشترط الفقه الإسلامي لصحة الإجازة قيام كل عناصر التصرف ، وهي العاقدان والمحل والمجيز ، وقت صدور التصرف ووقت صدور الإجازة . ذلك أن الإجازة في الفقه لها حكم الاستناد والإنشاء ، ومن ثم يجب توافر الشرط وقت صدور التصرف ؛ لأنه الوقت الذي تستند إليه الإجارة ، كما يجب توافره وقت صدور الإجازة؛ لأنه الوقت الذي وجدت فيه .

ولكن الشارع العراقي قدر أن الأولى أن يجعل للإجازة حكم الاستناد دون حكم الإنشاء ، فقد تدعو الحاجة إلى إجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة أو بعد هلاك المحل .

ولهذا اكتفي باشتراط فيام عناصر التصرف ووقت صدوره دون وقت صدور الإجازة ، حيث اشترط لصحة الإجازة وجود من يملكها وقت صدور العقد الموقوف . فقد نصت المادة 1/136 من التقنين العراقي علي أن « إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلي الوقت الذي تم فيه العقد . ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد . ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة » وقد أراد الشارع العراقي بهذا أن يتجاوز الحدود التي وقف عندها الفقه الإسلامي فيما يتعلق بشروط الإجازة دون مبرر . (انظر في هذه المسألة : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 4 ص 198 ، 209 و 220 و 308 و 316) .

أما الشارع الأردني فقد جعل للإجازة حكم الاستناد والإنشاء على غرار الفقه الإسلامي ؛ فنصت المادة 174 من التقنين الأردني علي أنه « يشترط لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت صدوره ووقت الإجازة ووجود من له الإجازة وطرفي العقد والمتصرف فيه وبدله إن كان عينًا وقت الإجازة » .

وقد رؤي ترك الأمر فيما يتعلق بشروط الإجازة للقواعد العامة .

وفي مذهب الإمام مالك أنه إذا حصل التصرف في ملك الغير بدون إذنه ، وسكت المالك عامًا من وقت علمه بالتصرف ، اعتبر سكوته إجازة . (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 4 ص 307) . =

وينتج عن التصحيح أو إجازة العقد صحة أثره ، وما ترتب عليه من وجوب أداء التزامات كل طرف بشرط ألا يضر التصحيح والإجازة بحقوق الدائنين . فإن أضر بحقوقهم كان لهم الحق في الاعتراض على الإجازة ، ومنعُها ، بل ودعوى الإلغاء باسم المتعاقد محافظة على حقوقهم .

سقوط حق الإلغاء بمضي المدة ، وما يترتب على الفوت :

إن التعامل بين الناس يجب أن يكون على أساس صحيح بمعنى أنه يجب أن يفهم كل واحد أن القانون يحميه ويحفظ حقوقه ضد الآخرين ، وأن كل تصرف من العقلاء يلزم أن يكون محترمًا له قيمته في حدود المعقول . فإذا نظرنا إلى من تعاقد وثبت له حق إلغاء العقد ، لضرر أصابه أو لغبن لحقه ، وجب أن ننظر إلى من تعاقد معه وكان ضحية هذا التعاقد بلا جريرة ارتكبها فنقدر ما أنفقه وما تعب فيه من وقت العقد إلى وقت التحاكم فننظر إلى ذلك المشرع نظرة تقدير بحيث لم يتعرض لحق إلغاء العقد الثابت لصاحبه ، فإن وجدت العين المبيعة قد لحقها تغيير يزيد في قيمتها عن يوم البيع الفاسد أو ينقص قيمتها كذلك أو تصرف فيها المتعاقد بما أخرجها عن ملكه إلخ فيقال حينئذ إن العين موضوع النزاع قد فاتت فينتقل القضاء في فسخ العقد ورد نفس العين المبيعة إلى الحكم بالقيمة يوم البيع في المقوم أو بالمثل في المثليات ، وبهذا أمكن الجمع قضاء وعقلًا بين حق إلغاء العقد وبين تصرف من الطرف الآخر : تصرفه وهو يملكه ، فيجب احترام تصرفه والنظر في

= وقد تناولت المادة 129 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية آثار الإجازة في العقد الموقوف ، كما تناولت ذلك المواد 173 و 174 و 175 من القانون المدني الأردني ، ونص المادة 173 من هذا التقنين تنص علي ما يأتي :

1 – تكون الإجازة بالفعل أو بالقول أو بأي لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة .

2 – ويعتبر السكوت إجازة إن دل علي الرضا عرفًا .

والمادة 174 من هذا التقنين تقدم ذكرها .

والمادة 175 من هذا التقنين تنص علي ما يأتي :

1 – إذا أجيز التصرف الموقوف نفذ مستندًا إلى وقت صدوره واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

2 – وإذا رفضت الإجازة بطل التصرف .

ويقابلها في التقنين الكويتي المواد من 179 إلى 182 . وهي تأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 39 ، 40) .

القيمة أو المثل وهو حق البائع [1] .

أما سقوط الحق في نفس إلغاء العقد فموضوع آخر لأن نفس دعوى الإلغاء لا [2] تسقط بالفوت ، وإنما ما يسقط بالفوت هو رد نفس العين ذاتها .

ومفوتات البيع الفاسد أو الباطل (فاسدًا متفقًا على فساده أو مختلفًا فيه) يختلف باختلاف العين المبيعة وذلك :

أولًا : الخروج عن اليد بعقد صحيح كبيع وهبة وصدقة ووقف ورهن وإجارة . وهذه التصرفات في جميع أنواع المعقود عليه من عقار ومنقول مقوم أو مثلي [3] .

ثانيًا : تغير السوق في المقوم فقط إلا العقار ، وما اتصل به من بناء أو شجر ، وكذا نقل المقوم متى كان بمشقة فإنهما يفيتانه على البائع ، وأما المثلي والعقار فلا يفيتهما تغير السوق فيرد نفس العقار ، وما اتصل به والمثلي إلى صاحبه وإن تغير سوقهما [4] .

ثالثًا : يفوت القيمي والمثلي بتغير الذات كعور وعرج وصبغ وطحن وخبز [5] إلخ ولو بسمَنٍ وهزال [6] .

---

(1) تناولت المادة 142 من القانون المدني المصري ما يترتب على العقد الباطل أو القابل للبطلان عند إبطاله ، وأوجبت إعادة المتعاقدين إلى الحالة السابقة على إنشاء العقد ، بحيث تعود الحقوق إلى أصحابها كما كانت إلا إذا كان هذا مستحيلا فيحكم القاضي بتعويض عادل . وهو ما يقابل المادة 138 عراقي والمادتان 187 ، 188 كويتي والمادة 133 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية . ويتفق هذا الحكم بإيجاب التعويض العادل عندما يكون رد الأمر إلى ما كان عليه مستحيلا مع مقررات الفقه الإسلامي بوجه العموم ، وإن وجب الأخذ في الاعتبار بأن الفقهاء يحكمون بوجوب رد المثل في المثليات عندما لا يكون رد العين ممكنا ، لهلاكها أو التصرف فيها ، ووجوب رد القيمة في القيميات ، طبقًا لما هو مشهور في الفقه الإسلامي .

(2) قاعدة : دعوى إلغاء العقد الفاسد والباطل لا تسقط بالفوت وما يسقط بالفوت هو رد نفس العين ذاتها .

(3) الشرح الصغير (41/3 ، 42) .

(4) الفوات يكون بتغير سوق غير المثلي ، أما المثلي فلا يفوت بتغير سوقه ... أما العقار وهو الأرض ، وما أفضل بها من بناء ، وشجر فلا تفوت بتغير سوقه كالمثلي ، وبرد بعينه . الشرح الصغير (41/40/3) .

(5) يقول ابن رشد : « أما حق المرتهن في الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه ، فإن لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه إلى السلطان فيبيع عليه الرهن » . بداية المجتهد جـ 2 ص 275 ، إرشاد السالك ص 93 .

(6) الهزال : هو نقيض السمن لسان العرب هزل جـ 6 ص 4663 .

رابعًا : تفوت الأرض بحفر بئر أو عين وبغرس شجر فيها وبناء عظيمي المؤنة [1] ، وتفصيل ذلك أن إحاطة البناء والغرس بالأرض كالسور مفيت لها ما داما عظيمي المؤنة ، و إن عم الأرض كلها أو جلها كنصفها فإنهما يفيتان [2] الأرض بتمامها عظمت المؤنة أم لا . فان عمت الربع فلا يفيت شيئًا منها ، وإن لم يفت فللبائع الغرس والبناء بعد دفع القيمة للمشتري .

وأما زرع الأرض فلا يفيتها بل يرد المبيع ، فإن كان الفسخ والرد في إبَّان الزراعة فعلى المشتري كراء المثل ولا يقلع زرعه . وإن كان بعد فوات الإبان فلا كراء عليه ، وفاز بالزرع ؛ لأنه غلة والإبان هو بدو صلاح الزرع كالإفراك في الحب مثلًا .

خامسًا : يحصل الفوت بطول مدة في الحيوان كشهر مثلًا ، وقيل : شهران ، وقيل ثلاثة [3] ، وفي العقار يفوت بطول المدة كعشرين سنة ، ولا يفوت عرض بطول إن لم يتغير بذات أو سوق على الأصح . فإن فات المبيع بيد المشتري بأحد هذه المفوتات مضى المختلف فيه بالثمن الذي وقع به البيع (فلا فائدة عملية من طلب إلغاء البيع) ، ومضى المتفق على فساده عند جميع الناس بالقيمة يوم القبض (لا يوم البيع) في القيمي ، وبالمثل في المثلي إن علم قدره ووجد في البلد وإن لم يعلم قدره أو لم يوجد في البلد فقيمته يوم الحكم عليه بها .

وقال ابن رشد [4] واللخمي [5] : إن اللازم في الفوات القيمة مطلقًا في المثلي

---

(1) ويحصل الفوات بحفر بئر ، أو بحفر عين بالأرض التي بيعت بيعا فاسدا ، وبغرس شجر فيها وبناء . الشرح الصغير (42/3) .

(2) في الأصل : [يفتيان] .

(3) الشرح الصغير (41/3) .

(4) ابن رشد الحفيد ، هو العلامة ، أبو الوليد محمد بن أبي القاسم أحمد ابن شيخ المالكية ، أبي الوليد محمد ابن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي . كان مولده قبل موت جده بشهر سنة عشرين وخمسمائة . عرض « الموطأ » على أبيه . قال شيخ الشيوخ ابن حمويه : لما دخلت البلاد سألت عن ابن رشد ، فقيل : إنه مهجور في بيته من جهة الخليفة يعقوب ، ومات محبوسًا بداره بمراكش .

ترجمته : الذهبي في « العبر » 287/4 ، الذهبي في « سير أعلام النبلاء » 451/15 .

(5) اللخمي : هو أبو الحسن علي بن محمد الربعي المعروف باللخمي القيرواني رئيس الفقهاء في وقته . تفقه بابن محرز والسيوري والتونسي وجماعة .

له تعليق على المدونة سماه التبصرة ، مشهور معتمد في المذهب ، توفى سنة 478 بصفاقس وقبره بها معروف . (شجرة النور الزكية ص 117 رقم 326) .

والمقوم وهما من مجتهدي مذهب الإمام مالك رضي الله عن الجميع .

ولزوم القيمة يكون في بلد العقد لا في البلد المنقول إليها . ويشترط في انتقال ضمان مبيع البيع الفاسد للمشتري مطلقًا متفقًا على فساده أو مختلفًا فيه (نُقِدَ الثمنُ أم لا كان المبيع في صحيحه يدخل في ضمان مشتريه بالعقد أو بالقبض كالمثلي) أن يقبضه المشتري من بائعه .

ومتى وجبت القيمة في المقوم لفوته فليس للطرفين الاتفاق على رد المبيع بعينه مع حصول الأمر الذي فوته ، إلا إذا قُوِّم مرة أخرى عند الرد لمعرفة قيمته ثانيًا ، وإلا كان بيعًا فاسدًا لجهالة الثمن [1] .

ويشترط في كون التصرف في المبيع مفيتًا :

أولًا : عدم قدرة الراهن و المؤجر على فك الرهن لكونه موسرًا وعلى فسخ الإجارة مياومة فإن كان قادرًا على ذلك وجب تخليص المبيع من الرهن والإجارة ورده لصاحبه .

ثانيًا : أن لا يقصد بالبيع والهبة والصدقة إلخ الإفاتة . فإن قصد المشتري بتصرفه إفاتةً على البائع عومل بنقيض قصده واستُرد للبائع بعينه . وقيل : إن تصرف فيه قبل قيامه عليه يريد فسخ البيع أو غيره فيفوت ، وإن تصرف فيه بعد قيام البائع عليه يريد فسخ البيع فلا يفوت بذلك .

سقوط حق دعوى الإلغاء :

بعد البيان السابق عرفنا أن دعوى فسخ العقود الفاسدة لها اعتباران :

الاعتبار الأول في فسخ العقد ورد عين المبيع ، وفي هذا الاعتبار تكون الدعوى منصبة على طلب نفس الشيء المتعاقد عليه . ويشترط لهذه الدعوى عدم حصول مفوت للعين محل التعاقد في ذاتها أو في أوصافها بما يزيد في قيمتها أو ينقصها إلى آخر ما سبق . فإن حصل مفوت وجب احترام الحالة التي عليها حالةُ المبيع أو النظر إلى طمأنينة الناس فيما يتعاملون فيه وفيما تحت أيديهم ، والعودة إلى حل آخر يحفظ حقوق الطرفين ، وهو الاعتبار الثاني وهو القيمة أو المثل .

---

(1) يقول الشاطبي : « المقاصد معتبرة في التصرفات من العبارات والعادات ، والأدلة على ذلك لا تنحصر » . الموافقات جـ 2 ص 323 .

الاعتبار الثاني في طلب إلغاء العقد إلغاءً خاصًا هو استكمال نقص قد يُظَنُّ أنه أصاب صاحب الحق في الثمن ، أو لأن هذا التصرف ليس من المصلحة في شيء أو لأي اعتبار آخر . وبالنظر لهذه الجهة يجب على صاحب الحق في الإلغاء المسارعة إلى طلب حقه في ذلك . فإن توانى كان مقصرًا وتحمل نتيجة تقصيره ، وفي هذه الحالة وجب حفظ حق من تعامل معه في تصرفات يعتقد صحتها . فالعدل إذًا تقويمها تقويمًا عادلًا وقت قبض المشتري لهذه السلعة إن كانت مقومة أو معرفة مثلها إن كانت مثلية . وإلزام المشتري دفع القيمة أو المثل المذكورين للبائع . وبهذا خرج المشتري من خطر يهدده في كل وقت وجعله مطمئنًا إلى تصرفه وعمله فيما يعتقد أنه ملكه ، ولم يبخس حق واحد من الطرفين .

ومتى حُكِمَ بالقيمة أو بالمثل أو بالثمن كما سبق تفصيل ذلك تقاصَّ الطرفان . فإن كان ثمن البيع لفرس يوم البيع 20 جنيهًا ، وتم التعاقد على ذلك وتسلمها المشتري بعد عقد البيع بشهر ، وعند تقويمها في هذا الوقت تبين أنها تساوي 25 جنيهًا ، ومضى على البيع سنة مثلًا فقد فاتت ، وكان البائع له حق الفسخ لسبب خاص به من الأسباب المبيحة لذلك ، فيحكم القاضي بالقيمة يوم القبض وهي 25 جنيهًا . وقد أدى المشتري الثمن عشرين فوجب عليه خمسة أخرى يدفعها ، وإن كانت القيمة يوم القبض 15 جنيهًا التقى الدينان قصاصًا 15 في 15 ودفع البائع الباقي للمشتري وهو (5) جنيهات .

كل هذا يعلم منه أن طلب الإلغاء للعقد القابل للإلغاء بعد الفوات معناه أن تكون القيمة في الذمة أو قيمة مثل المثلي إن لم يوجد ، فتنتقل المسألة إلى الدين في الذمة وطلب الدين الثابت في الذمة فيه خلاف مبناه العرف . فقال بعض العلماء : لا يسقط إطلاقًا . وقال بعض العلماء : يسقط بعد عشرين سنة ، وقيل : بعد ثلاثين ، وقيل غير ذلك واتفقوا على عدم السقوط بنحو السنتين أو الثلاث .

والواجب في مثل هذه الأمور اجتهاد الحاكم بالنظر في حال الزمن وحال الدين فحال دين التجارة ليس كحال الدَّين العادي ؛ فمقتضى التجارة السرعة في المعاملة ، وسرعة الأخذ والعطاء فيكفي في إسقاط دينها خمس سنين ، و الدين العادي إن كان صاحبه مليًا فيظن أنه يمهل مدينه نحو 15 سنة مثلًا ، وإن كان الدائن شحيحًا معدمًا فلا يزيد عن عشر سنين وهكذا .

فيطبق هذا على ما يثبت في ذمة المدعى عليه من قيمة المبيع بعد الفوات ، ولا تسمع دعوى الإلغاء بمعنى طلب القيمة أو المثل متى مضى عليها مدة يقتضي العرف والعادة عدم الطلب بعدها [1] . ويشترط لذلك مضي المدة مع حضور ربها وتمكنه من الطلب بها وليس له ما يمنعه من ذلك .

ويطبق على كل أحوال سقوط الحق بمضي المدة من انقطاع أو تعليق ، وعلى كل دعوى طلب دين ثابت في الذمة .

وأما دعوى تحقيق عدم وجود عقد ودعوى إبطال عقد أو فسخه فمآلها بعد تغير المبيع إلى دين في الذمة . ومدة هذه الدعاوى غير مقيدة ، بل متى اطُّلع عليه حُكِم بالبطلان ، وردت العين متى كانت باقية أو قيمتها إذا لم تكن موجودة . ودعوى استرداد الهبة من الموهوب له لعدم تنفيذ الشرط لا تتقيد بمدة سابقة أو لاحقة بل بمخالفة الشرط . ودعوى الغرماء على من تعاقد مع مدينهم إضرارًا بهم تدخل في دعوى إبطال عقد أو فسخه . وتبتدئ المدة وتسري متى حضر صاحب الحق وتمكن من الطلب ، وليس به مانع من الدعوى .

ونتيجة سقوط الحق في طلب عين الشيء المبيع مع حصول مفوت أن تنتقل الدعوى إلى الحكم بالثمن في البيع المختلف فيه وإلى الحكم بالقيمة أو المثل في المتفق على فساده ، وتنتقل إلى السقوط بعد مضي مدة طلب الدين في الذمة .

وما ذكر من بيع القاصر للمنزل صحيح ؛ لأن المبيع لم يسلم للمشتري فلا ينظر إذًا لتغير المبيع ؛ لأنه بيد صاحبه فلم يتعلق به مصلحة للغير فيجوز للقاصر الدفع بعدم صحة البيع في هذه المدة ؛ لأن المميز له رد تصرف نفسه قبل رشده متى رَشَدَ ، حيث تركه وليه لعدم علمه بتصرفه أو سهوه أو للإعراض عن ذلك لغير مصلحة أو لم يكن له ولي حتى ولو كان تصرفه حال صباه صوابًا فله رده بعد رشده وإمضاؤه [2] .

---

(1) ساقطة من الأصل .

(2) تناولت المادة 111 ، 119 القانون المدني المصري حق الصبي المميز عند بلوغه سن الرشد في المطالبة بإبطال التصرف الذي قام به قبل بلوغه هذه السن ، سواء تم هذا التصرف بدون علم وليه أو لم يكن له ولي . ويوافق ذلك ما جاء في المادة 96 و 105 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادتين 118 ، 134 من القانون المدني الأردني . وهو ما يجد نظيره في المادة 967 من مجلة الأحكام العدلية والمادتين 270 ، 271 من مرشد الحيران .

(نتيجة المقارنات من بند 94 إلى نهاية بند 97)

يتفق التشريعان في الآتي :

بطلان العقود ، عدم الوجود ، إلغاء عام ، إلغاء خاص ، دعوى إلغاء العقد ، نتائج حكم إلغاء العقد ، حكم الإلغاء لعدم الأهلية ، أسباب سقوط الحق في رفع دعوى الإلغاء ، العقود التي يجوز تصحيحها ، شروط صحة تصحيح العقود القابلة للإلغاء ، نتيجة التصحيح .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

سقوط حق الإلغاء بمضي المدة ، أسباب سقوط الحق في رفع دعوى الإلغاء .

بند [99] حَلُّ التعاقد

القانون الفرنسي : حَلُّ التعاقد يكون حينما يلغي العقد المطابق للقانون في جميع شروطه بعد انعقاده صحيحًا ، وذلك نتيجة لحادث تنبه إليه الطرفان قبل وقوعه سواء أكان صريحًا أم ضمنًا . وأسباب حَلّ التعاقد هي حدوث شرط ملغ نص عليه الطرفان في العقد أو نتيجة لشرط وفائي ضمني ، فالأول كبيع منزل بألف على أن للبائع رد الثمن وملحقاته واسترداد منزله في مدى سنتين فمتى دفع البائع الألف ، وملحقاتها للمشتري في الميعاد المحدد انحل العقد .

والثاني سيُتَكَلَّم عليه بالتفصيل الآتي :

الشرط الوفائي الضمني :

وهو الشرط المنوي في العقد الملزم للطرفين من أنه إذا لم ينفذ أحد الطرفين ما التزم به فللطرف الآخر حق حَلّ العقد ، ويسمى الشرط الضمني الملغي للعقد ، كما يقابل بالشرط الصريح الملغي للعقد [1] .

وتعليل ذلك مقبول ؛ لأن العقد الملزم للطرفين جعل كلًّا منهما التزامه مقابلًا لالتزام الآخر ؛ فإذا اختلف التزام أحدهما فللطرف الآخر إما الامتناع عن تنفيذ

(1) قد يقابل هذا ما يسمى في الفقه الإسلامي بخيار التأخير في التنفيذ أو خيار فوات الوصف المرغوب أو خيار اختلاف المقدار أو خيار فوات الشرط أو غير ذلك من الخيارات التي تعود إلى فوات أي من الشروط التي اتفق عليها طرفا العقد . انظر الجزء العشرين من موسوعة الكويت الفقهية لمعرفة انواع الخيارات في الفقه الإسلامي .

التزامه ، وإما حل العقد بموجب الشرط الوفائي الضمني .

وهل ينطبق الشرط الوفائي الضمني على العقد الملزم لطرف واحد كعقد القرض بحيث إذا لم ينص على أن المدين إذا لم يدفع الفوائد المحددة في مواعيدها حل الدين جميعه ، ولم يدفع المدين الدين في مواعيده فللدائن إلغاء العقد وطلب دينه كله تطبيقًا للشرط الوفائي الضمني ؟ خلاف ؛ فيرى البعض ذلك ولا نص عليه ، ويرى البعض عدم تطبيق هذه القاعدة على هذه العقود وهو موافق للمادة 1184 مدني .

شرط جواز حل العقد :

يشترط القانون لجواز حَلّ العقد عدم تنفيذ أحد الطرفين ما التزم به (كلية) أي جميعه . فإذا نفذ بعض ما التزم به حصل خلاف ، قال المتشرعون : إن كان ما نفذه من التزامه جزءًا مهمًا فليس للطرف الآخر حَلّ العقد بل لهذا الأخير تعويض عن الجزء المتأخر ، وإن كان ما نفذ لا قيمة له يعتبر كأن لم ينفذ شيئًا ، وللطرف الآخر حل العقد .

في حالة ضياع بعض الملتزم به أو تلف ما التزم به يجوز للطرف الآخر حَلّ العقد بدون نزاع ، و تطبق القواعد الآتية على حَلّ العقود :

أولًا : إن هذا الحل يكون بواسطة القضاء لحل العقد نفاذًا للشرط الجزائي الضمني يجب صدور حكم بالحَلّ ، بخلاف إلغاء العقد نفاذًا للشرط المُلغِي الصريح فإنه يحصل بدون حكم وحتى بدون علم الطرف الآخر .

وصاحب الحق في طلب حَلّ العقد هو الطرف الواقع عليه الضرر من عدم تنفيذ الطرف الآخر لما التزم به . وليس لهذا الأخير التمسك بعدم تنفيذه ما تعهد به فيطلب الإلغاء ، وفي الشرط الملغي الصريح لكل من الطرفين طلب الإلغاء .

ولصاحب الحق في حَلّ العقد إجبار خصمه على تنفيذ التزاماته إذا كان له فيها فائدة ، مع حفظ حقه في الفسخ عند عدم التنفيذ أيضًا .

ويجوز للمحكمة منح المدعى عليه في دعوى الفسخ أجلًا ليتمكن من الوفاء بتعهداته . فإذا لم يفعل في الأجل شيئًا وجب على المحكمة النطق بالحكم بالفسخ مع تقدير التعويض الذي أصاب طالب الفسخ والحكم له به . ويجوز للمحكوم عليه بالفسخ تنفيذ ما التزم به مادام الحكم لم يحز قوة الشيء المحكوم فيه ، أي لم يصبح نهائيًا ، ومتى نفذ أصبح الحكم لاغيًا .

فإن حاز الحكم قوة الشيء المحكوم فيه فالتنفيذ لا قيمة له ، والحكم واجب النفاذ .

ثانيًا : حَلّ العقد أو فسخه يرجع أثره للماضي ، فإن كان نفذ منه شيء أرجع كل واحد ما أخذه من الآخر ، كما إذا لم يكن هناك عقد بينهما ، ويفرض أن كلًّا منهما لم يكن مالكًا لعوض التزامه ، فكل حق ترتب من أحد الطرفين على ملك الآخر فهو لاغ من الحقوق العينية . أما الحقوق الإدارية فقال بعضهم : إنها لا تلغى .

الخطر الذي يصيب الشخص الثالث من فسخ العقد :

الشخص الثالث يتحمل خطرًا في تعاقده مع المشتري قبل حَلّ العقد لانه يلغي جميع الحقوق السابقة على إلغاء العقد ، و يتحمل خطرًا بعد فسخ العقد ؛ لأنه يتعاقد مع غير مالك ؛ لذلك وضع القانون وجوب تسجيل عقد البيع بما فيه من شرط ملغ الذي يجب على المتعامل مع المشتري معرفة ذلك . ووضع القانون وجوب ذكر حكم إلغاء العقد بهامش عقد البيع لإحاطة الجمهور علمًا ، فوجب كون عقد البيع علنًا ، وإلا لما عارض الغير ، ووجب تسجيل الحكم وإلا غرم محضر الدعاوى مع معارضته للغير .

ويستثنى من قاعدة رجوع حل العقد إلى الماضي مسألتان :

الأولى : باتفاق الطرفين بأنه إذا لم يقم أحد الطرفين بالتنفيذ فإن العقد يحل بلا احتياج إلى تقاض أو غيره . ففي هذه الحالة لا يحل العقد إلا بإنذار الطرف المقصر للتنفيذ ، وإلا ألغي العقد . ولو نص في العقد على أن عدم التنفيذ يجعل العقد ملغى من غير إنذار ولا تنبيه صح هذا ، وله كامل الحق في الفسخ بلا إنذار .

الثانية : بنص القانون في بيع الحبوب أو سندات مالية منقولة . فإنه متى فات موعد تسلم المباع منها ، ولم يحضر المشترى للتسلم فللبائع حق فسخ العقد بدون إنذار ولا تنبيه ، بل بقوة القانون .

ويستثنى أيضًا من قاعدة رجوع الحل إلى الماضي مسألة الإيجار فإن حل العقد يقطع عقد الإيجار في المستقبل لا في الماضي بمعنى أن الإيجار المدفوع عن مدة استحقت لا يجب رده .

وبهذا كله يختلف حَلّ العقد عن إلغائه بأن الإلغاء راجع لعيب في تكوين العقد وأن الحل راجع لسبب طارئ بعد حصول العقد مستوفيًا لشروطه ، وأن مدة حل

العقد تمكث ثلاثين سنة ومدة إلغائه عشر سنوات [1] .

بند [100] حل التعاقد

التشريع الإسلامي : متى استوفى [2] العقد أركانه وشروطه وقع صحيحًا [3] ، ووجب على كل طرف الوفاء بما التزم به . ولا يصح جبر أحدهما على التنازل عن حقه متى كان العقد بتًا أي تم على اللزوم وعدم الخيار لأحد الطرفين . فإن اتفق البائع و المشتري مثلا على نقض ما تعاقدا عليه صح ذلك بشروط [4] :

أولًا : أن لا يكون تم تسليم الثمن والمثمن وحصل تغير يوجب الفوات لأنه

---

(1) انظر : البنود من 1183 و 1184 ، في الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 263 ، 264 .

(2) قاعدة : إذا استوفى العقد أركانه وشروطه كان صحيحًا ووجب على كل طرف الوفاء بما التزم به .

(3) تناولت المادة 167 من القانون المدني الأردني تعريف العقد الصحيح بأنه « هو العقد المشروع بأصله ووصفه ، بأن يكون صادرا من أهل مضافًا إلى محل قابل لحكمه ، وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له » . وتترتب آثار هذا العقد بمجرد انعقاده ، طبقًا لما جاء في أول سورة المائدة من قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ . وقد نصت المادة 153 من القانون المدني العراقي على ذلك ، ونصها :

1 - « العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتًا ووصفًا بأن يكون صادرًا من أهله مضافًا إلي محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل .

2 - وإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفًا أفاد الحكم في الحال .

وقد نصت المادة 108 من المجلة على أن « البيع الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع ذاتًا ووصفًا » . ونصت المادة 311 من مرشد الحيران على أن « العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتًا ووصفًا » .

والمراد بمشروعية ذاته ووصفه أن يكون ركنه صادرًا من أهله مضافًا إلي محل قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة سليمة من الخلل وألا يكون مقرونًا بشرط من الشروط المفسدة للعقد .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 37) .

(4) إذا اتفق المتعاقدان على الرجوع عن العقد صح اتفاقهما ، وكان هذا منهما إقالة ، وهي جائزة لقوله ﷺ من أقال نادمًا بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة » وإنما جاز رجوعهما لأن العقد حقهما . وقد تناول القانون المدني الأردني أحكام الإقالة في المواد 242 ، 243 ، 244 كما تناولتها المواد 181 ، 182 ، 183 من القانون العراقي والمواد 164 ، 165 ، 666 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 51) .

يعتبر بيعًا جديدًا فيجب أن يكون بيعًا مبتدأً لا نقضًا لبيع سابق .

ثانيًا : أن لا يكون تعلق بالثمن أو المثمن حق الغير ، و إلا توقف نقض البيع على رضاء ذلك الغير ؛ فالإقالة جائزة إذا لم يتردد الثمن بين أن يكون ثمنًا [1] أو سلفًا . فإن تردد الثمن المدفوع بين كونه ثمنًا إذا مضى البيع وبين كونه سلفًا إذا رد المبيع منع كبيع (الثنيا) ، وهي أن يبيع منزلًا بألف على أن البائع إذا أحضر الألف بعد سنتين ودفعها للمشتري أخذ المنزل ، فهذه الألف تكون ثمنًا إذا مضت المدة ولم يحضر المبلغ فينفذ البيع ، ويصبح نهائيًا ، وتكون سلفًا إذا أحضرها ودفعها للبائع في موعدها ، وأخذ المبيع . وهذا لا يجوز على القول الصحيح ، وإن كان البعض يقول بجوازها ، كما مر في التعاقد بشرط ملغٍ [2] .

الشرط الوقائي الضمني :

معلوم أن البائع قَبِل البيع ليأخذ الثمن ، والمشتري قبل المشتَرى ليأخذ المبيع ؛ فإذا تم البيع بتًا وجب على كل واحد من المتعاقدين تَسليمُ ما تعهد به . فإذا لم يسلم أحدهما ما تعهد به جاز للطرف الآخر عدم الوفاء ، بل ومقاضاة الطرف الآخر لإلزامه قضاء وجبرًا بالوفاء .

فإن كان الثمن مؤجلًا كله وجب تسليم المبيع للمشتري ، وإن كان مؤجلًا بعضه جاز للبائع عدم الوفاء بما تعهد به حتى يدفع المشتري ما حل من الثمن [3] .

فإن تم التسليم ولم يدفع المشتري الثمن فقد دخل في ذمته وتعلق حق البائع بذمة المشتري لا بالشيء المبيع ، فيعمل بالشرط الوفائي الضمني قبل تسليم العين المبيعة ،

---

(1) قاعدة : الإقالة جائزة إذا لم يتردد الثمن بين أن يكون ثمنًا أو سلفًا .

(2) قال ابن رشد : « اختلف العلماء لتعارض الأحاديث في بيع وشرط ؛ فقال قوم ، البيع فاسد والشرط جائز ، وقال قوم : البيع جائز والشرط باطل ، وقال قوم : البيع جائز مع شرط وأما مع شرطين فلا . فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ، لعموم نهيه عن الثنيا » . بداية المجتهد جـ 2 ص 160 ، والفروق للقرافي جـ 3 ص 277 ، والمقدمات الممهدات جـ 3 ص 204 ، 205 وقد اتجه الفقه الإسلامي لضرورات التعامل إلى قبول تعدد الشروط داخل العقد ، وهو مالا يخلو منه تعامل . وحملوا النهي الوارد في ذلك على الشروط غير الصحيحة .

(3) راجع تفصيل ذلك في بداية المجتهد جـ 2 ص 160 ، والمقدمات الممهدات جـ 3 ص 204 وما بعدها .

فإن أفلس أو مات قبل دفع الثمن فالبائع أحق بالسلعة المبيعة متى وجدت بعينها نظير ثمنها إلا أن يدفع الورثة الثمن أو الدائنون فلا حق للبائع في غير الثمن .

ويصح اشتراط أنه إذا لم تدفع الثمن في أقساطه و مواعيده حل الثمن جميعه ؛ لأنه شرط لا يتنافى مع العقد ، وفيه توثق البائع بما يخيف المشتري ، فيلزمه الوفاء بأقساط الدين في مواعيدها [1] .

وأما الشرط في القرض فيتنافى مع المعروف في إسداء منفعة للمقترض لكن لما كان الغالب في الخلق اليوم عدم الصدق واستعمال الغش والكذب ، ويخشى المقرض على ماله الضياع من عدم التوثق بشرط كهذا جاز اشتراط أنه يحل الوفاء بالقرض كاملًا إذا لم يدفع نجومه المقسطة خوفًا من تثبيط همة أهل الخير عند المماطلة في الوفاء . ولا يصح شرعًا أخذ فائدة على القرض [2] حتى ولو كانت

---

(1) تناولت ذلك المادة 430 من القانون المدني المصري ، وهو ما جاء في المادة 396 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 534 من القانون المدني العراقي ، ونصها :

1 – إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلي أن يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع .

2 – فإذا كان الثمن يدفع أقساطًا ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءًا منه تعويضًا له عن فسخ البيع إذا لم تسدد جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعًا للظروف أن تخفض التعويض المتفق عليه وفقًا لأحكام التعويضات الاتفاقية .

3 – وإذا سددت الأقساط جميعا انتقلت ملكية المبيع إلي المشتري من وقت البيع ، إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك .

4 – وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة حتى لو سمى المتعاقدان البيع إيجارًا .

وتقابل المادة 487 من التقنين الأردني التي تنص علي ما يأتي :

1 – يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا أن يشترط تعليق نقل الملكية إلي المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع .

2 – وإذا تم استيفاء الثمن تعتبر ملكية المشترى مستندة إلي وقت البيع .

ويقابل ذلك ما جاء في المادة 464 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 – إذا كان الثمن مؤجلًا أو مقسطًا جاز الاتفاق على ألا تنتقل الملكية إلي المشتري إلا بعد الوفاء بالثمن كله أو بعضه ولو تم تسليم المبيع .

2 – فإذا تم الوفاء بالثمن ، اعتبرت ملكية المشتري مستندة إلي وقت البيع ، ما لم يتفق علي غير ذلك .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 129) .

(2) قاعدة : لا يصح شرعًا أخذ فائدة على القرض حتى وإن كانت من قبيل الهدية .

هدية لم يعتد المقترض تقديمها ولا مناسبة لذلك [1] .

شرط جواز حل العقد :

معنى انعقاد البيع التزام البائع بتسليم ما التزمه [2] ، فإن غيب بائع المبيع وادعي ضياعه ولا بينة ولم يصدقه المشترى ، أو عيبه أو استحق بعض المبيع الشائع وإن قل فللمشترى الخيار بين فسخ العقد أو إمساكه بالقيمة أو المثل . وإن أتلف المشترى مادة التزام البائع فقد قبضها ، وإتلاف الأجنبي أو البائع كتعييب المبيع يوجب الغرم . فإن تلف المبيع بيعًا صحيحًا وقت ضمان البائع بسماوي بطل عقد البيع ، فلا [3] يلزم البائع الإتيان بمثله .

فإن كان المبيع موصوفًا في الذمة كالسلم فيلزم البائع الإتيان بمثله ولا يبطل العقد [4] .

فإن تلف بعض المبيع المعين وقت ضمان البائع أو استحق بعض المبيع أو تعيب بعضه فينظر في الباقي بعد التلف أو الاستحقاق : فإن كان النصف فأكثر لزم الباقي بحصته من الثمن إن تعدد المبيع وكان قائمًا ، فإن اتحد المبيع أو فات خيِّر المشتري ، وإن كان الباقي أقل من النصف تعين الفسخ إلا في المثلي (ما له مثل من مكيل أو موزون أو معدود) فيخير فيهما مطلقًا .

وفي حالة ضياع بعض الملتزم به المعين المقوم أو تلف الملتزم به على هذا الوجه يجوز للطرف الآخر حل العقد أو إبقاؤه وأخذ القيمة أو المثل ، ولا يشترط صدور حكم ؛ لأن هذا ليس من البيوع المختلف فيها في الفساد . فإن تراضيا صح التتارك أو الفسخ ، وإن لم يتراضيا قضى القاضي بما هو منصوص عليه شرعًا في مثل هذه الأحوال [5] .

---

(1) يقول الدردير : « وحرم هديته أي هدية المقترض لمن أقرضه ؛ لأنه يؤدي إلى سلف بزيادة كرب القرض يحرم على كل منهما أن يهدي للآخر هدية » . الشرح الصغير جـ 3 ص 117 .

(2) قاعدة : معنى انعقاد البيع التزام البائع بتسليم ما التزم به .

(3) قاعدة : إذا تلف المبيع في البيع الصحيح وقت ضمان البائع بسماوي بطل العقد ولا يلزم البائع الإتيان بمثله .

(4) قاعدة : المبيع إذا كان موصوفًا في الذمة وتلف يلزم البائع الإتيان بمثله ولا يبطل العقد .

(5) تناولت المادة 433 مدني مصري والمادة 339 مشروع المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية أثر تفرق الصفقه أو تبعيضها . وهو ما تناولته كذلك المواد 543 و 544 و 545 و 1/546 من التقنين العراقي .

فالمادة 543 من هذا التقنين تنص علي ما يلي : « إذا بيعت جملة من المكيلات أو جملة من الموزونات أو المزروعات التي ليس في تبعيضها ضرر أو من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها ، وسمي ثمنها جملة أو بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصًا ، كان المشتري مخيرًا إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار =

ولصاحب الحق في حل العقد إجبار الممتنع من التنفيذ بطريق القضاء فإذا لم ينفذ أخذ القيمة أو المثل أو يسترد الثمن إن كان في أحدهما مصلحة له [1] .

= الموجود بحصته من الثمن وإذا ظهر المبيع زائدًا فالزيادة للبائع » .

والمادة 544 تنص علي ما يأتي :

1 – إذا بيعت جملة من الموزونات أو المزروعات التي في تبعيضها ضرر ، أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمي ثمنها جملة ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصًا ، فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن ، إلا إذا اتفق مع البائع وقت التعاقد علي أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن .

2 – وإذا وجد المبيع زائدًا ، فالزيادة للمشتري ، على أنه يجوز الاتفاق وقت التعاقد على أن يعطي البائع عوضًا في مقابل الزيادة .

والمادة 545 تنص علي ما يأتي : « إذا بيعت جملة من الموزونات أو المزروعات التي في تبعيضها ضرر أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمي ثمنها بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع زائدًا أو ناقصًا عند التسليم ، فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بحصته من الثمن » .

والمادة 546/1 تنص على ما يأتي : « في الأحوال المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة ، لا يكون للمشتري الحق في الفسخ ، ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة في المبيع ، إلا إذا كان النقص أو الزيادة قد جاوز خمسة في المائة من القدر المحدد للشيء المبيع » .

وتقابل المادة 492 من التقنين الأردني التي تنص علي ما يأتي :

«إذا عين في العقد مقدار المبيع وظهر فيه نقص أو زيادة ولم يوجد اتفاق أو عرف بهذا الشأن وجب اتباع القواعد التالية :

1 – إذا كان المبيع لا يضره التبعيض فالزيادة من حق البائع يستحق استردادها عينًا والنقص من حسابه سواء أكان الثمن محددًا لكل وحدة قياسية أم لمجموع المبيع .

2 – إذا كان المبيع يضره التبعيض وكان الثمن محددًا علي أساس الوحدة القياسية فالزيادة من حق البائع يستحق ثمنها والنقص من حسابه .

3 – إذا كان المبيع مما يضره التبعيض وكان الثمن المسمي لمجموعه فالزيادة للمشتري والنقص لا يقابله شيئ من الثمن .

4 – كلما كانت الزيادة أو النقص تلزم المشتري أكثر مما اشتري لو تفرق عليه الصفقة كان له الخيار في فسخ البيع ما لم يكن المقدار تافهًا ولا يخل النقص في مقصود المشتري .

5 – إذا تسلم المشتري المبيع مع علمه بأنه ناقص سقط حقه في خيار الفسخ المشار إليه في الفقرة السابقة .

انظر في الفقه الإسلامي المواد 220 – 229 من المجلة والمواد 448 – 453 من مرشد الحيران .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 130 ، 131) .

(1) يقول ابن رشد : « أما المقدار الذي تجب فيه الجائحة : أما في الثمار فالثلث ، وأما في البقول فقيل في القليل والكثير ، وقيل في الثلث ... إلخ ، ثم قال : والمالكية يحتجون في مصيرهم إلى التقدير في وضع الجوائح بأن القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير ... » . بداية المجتهد جـ 2 ص 188 . بل نصوا على أنه لو اشترط البائع في العقد عدم تأثير الآفة في إنقاص الثمن لم يصح هذا الشرط ، وإنما توضع الجوائح بشروط ثلاثة راجعها في : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ 4 ص 175 .

وفي كل دعوى يلزم القاضي عرض الصلح والاتفاق على المتقاضيين ، فإن لم يصطلحا وطلب منه المدين مهلة للوفاء بالتزاماته وكان القاضي يرى [1] أن في ذلك مصلحة منحه مهلة للوفاء ، وإن كان مماطلًا وليس من وراء طلبه إلا الفرار وعدم الوفاء وجب عليه الحكم للمدعي .

ومتى كان الحكم نهائيًا ولم يُبح له أمرُ الحاكم طريقَ تظلُّم آخر كاستئناف مثلًا أو أباح ، ولكن المدعى عليه لم يستعمل حقه ، فوفاؤه لا قيمة له . وإن كان غير ذلك وكان الحكم غير نهائي فيجوز له الوفاء لآخر لحظة ، فيصبح الحكم لا قيمة له .

ويرجع أثر حَلِّ العقد للماضي فيرد كلٌّ واحد ما أخذه من الآخر له ، وكأنه لم يكن بينهما عقد . وكل حق ترتب من أحد الطرفين على ملك الآخر فهو لاغ من الحقوق العينية ما دامت العين ردت لصاحبها بعينها [2] . وأما الحقوق الأخرى كالإجارة والزرع والغرس والبناء فقد تقدم حكمها [3] عند ذكر إلغاء العقود [4] .

الحل الاتفاقي :

يجوز للطرفين المتعاقدين أن يشترطا حَلَّ العقد متى شاء أو شاء أحدهما أو شاء غيرهما مثلًا كشخص معين كمن باع منزلًا بخمسين إردبًّا من القمح مثلًا أو بمئتى جنيه على أن يكون الخيار لهما أو للبائع أو للمشتري أو لزيد من الناس صح البيع ولزم الشرط [5] .

لكن المشرع الإسلامي نظر إلى أن التعامل يقتضي الثبات وأن تعليق الحقوق فيه ضرر

---

(1) في الأصل : [يرى القاضي] .

(2) قاعدة : كل حق ترتب من أحد الطرفين على ملك الآخر فهو لاغ ما دامت العين رُدَّتْ لصاحبها .

(3) يقول ابن رشد : « وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات ، فقال مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب ، والخمسة أيام في اختيار الجارية ، والشهر ونحوه في اختيار الدار » . بداية المجتهد جـ 2 ص 209 .

(4) في الأصل : [حكمه] .

(5) يشير المؤلف إلى اشتراط أحد العاقدين عند إنشاء العقد أن يكون له الخيار في نقض العقد ورده ، وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بخيار الشرط .

فأعطى الطرفين حق الفسخ أو الحَلّ ، لكنه قيد المدة حرصًا على المصلحة العامة في التعامل ، فجعل مدة الخيار الشرطي في العقار وما يتبعه ستة وثلاثين يومًا وجعله في العروض وسلع التجارة مثلًا كالثياب خمسة أيام ، وفي الدواب التي لا تركب خمسة أيام وفي التي تركب في البلد يومين ، وفي خارج البلد البريدين . فإن اشترطا الخيار أزيد من ذلك بطل الشرط وعاد للمحدد من يوم البيع . وأما الخيار الناتج من العيب في المبيع فهو ناتج عن الشرط الضمني في أن البائع ضامن سلامة المبيع من العيوب المنقصة ، أو التي لا يقدم عليها الناس ، فهو خيار جبري بموجب المصلحة العامة ، ويسمى خيار النقيصة .

وحكمهُ أنه إذا اطلع على العيب وسكت ثم طلب الرد فإن كان سكوته لعذر سفر أو غيره رد مطلقًا ، طال أم لا ، بلا يمين . وإن كان سكوته بلا عذر فإن رد بعد يوم ونحوه أجيب لذلك مع اليمين أنه لم يرد المبيع ، وإن طلب الرد قبل مضي يوم أجيب لذلك من غير يمين ، وإن طلب بعد أكثر من يومين فلا يجاب ولو مع اليمين [1] .

ولا رد إن فات المبيع حسًا كهلاك أو ضياع ، أو حكمًا بأن تصرف فيه المشتري بغير عوض ، وتعين على البائع قيمة العيب . فإن تصرف بعوض ففي ذلك تفصيل طويل يرجع إليه في باب الخيار .

وفي مدة الخيار الاتفاقي الملك فيه للبائع ، ولا ينتقل فيه الضمان بالقبض كان [2] صحيحًا أو فاسدًا ، فلذا كانت الأجرة والغلة للبائع في بيع الخيار أو زمنه .

---

(1) تناولت المواد 177 – 183 من القانون المدني الأردني أحكام خيار الشرط طبقًا لما قرره الفقهاء المسلمون . وقد أوضحت هذه المواد جواز اتفاق العاقدين على أن يكون الخيار لهما أو لأيهما مدة يقررانها ، أو يقررها القاضي بحسب العرف إذا لم يحدداها في العقد ، ولا يخرج البدل عن ملك من اشترطه مدة الخيار ، ويحق لمن اشترط الخيار فسخ العقد أو إمضاؤه . ويلزم العقد إن أجازه في مدة الخيار شريطة إعلام الطرف الآخر . وقد اختلف الفقهاء في تحديد المدة التي يجوز اشتراط الخيار فيها ؛ فذهب أبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل إلى جواز الاتفاق على أية مدة ولو طالت ، وقدرها مالك بالحاجة ، نظرا لتفاوت المبيعات ، ففي اختيار الثوب يكفي اليوم واليومان وفي الدار قد تصل مدة الخيار إلى شهر . ورأي أبي حنيفة وزفر والشافعي أنه يجب ألا تزيد مدة الخيار عن ثلاثة أيام ، وذلك مراعاة لاستقرار التعامل .

راجع : بداية المجتهد 172/2 والمحلى لابن حزم 328/9 وما بعدها والمواد 330 ، 331 من مرشد الحيران و 300 ، 301 من المجلة العدلية .

(2) قاعدة : لا ينتقل الضمان بالقبض كان صحيحًا أو فاسدًا والملك فيه للبائع في الخيار الاتفاقي .

فإذا كان البيع بتًّا وكان فاسدًا انتقل فيه الضمان بالقبض فيفوز فيه المشتري بالغلة .

وحق الشخص الثالث محفوظ ؛ لأن المشرع جعل حق فسخ العقد سواء أكان [1] بالشرط أم بالنقص مشروطًا بشروط :

الأول : أن لا يفعل من له الحق في الخيار (حَلّ البيع) أي شيءٍ يدل على الرضاء بالمبيع من قول أو فعل في خيار العيب ، وقد جعل المبيع ملكًا للبائع في خيار الشرط ولو قبضه المشتري ، فلو تصرف المشتري بالقول أو الفعل بما يدل على الرضا مع علمه بسبب الخيار فليس له حَلّ البيع إطلاقًا ، وتصرفه في المبيع بشرط الخيار تصرف في ملك الغير .

الثاني : أن لا يفوت المبيع في يد المشتري في خيار النقيصة . فإن فات فله قيمة العيب . ومن المفوتات تعلق حق الغير بالعين المبيعة [2] .

وأما اشتراط أحد الطرفين بأنه إذا لم يقم أحدهما بالتنفيذ فإن العقد يحل فهو شرط صحيح ويقتضيه العقد ؛ لأن عقد الالتزام يلزم كل طرف بأداء ما التزم به [3] ، فإذا كان البيع بتًّا وقبض أحدهما ماله ولم يؤد ما عليه ، فإن كان ما عليه مؤجلًا انتظر الآخر الأجل وإن كان حالًّا فللطرف الآخر الامتناع عن التنفيذ .

وفي حالة الخيار الاتفاقي يلزم المختار التمسك ، وفي حالة الرد عليه الإشهاد أنه رد إذا لم يقم بطلب الرد أمام القاضي . فإن أشهد على الرد لأنه لم يتمكن من التقاضي سُمِعَت دعواه وبينته ، وقضي له متى كان محقًّا ، فيقوم الإشهاد مقام الإنذار .

فإن اشترط في البيع البت على أن تسليم المبيع يكون يوم كذا وإلا فالبيع لاغ

---

(1) قاعدة : حق فسخ العقد سواء أكان بالشرط أم بالنقض مشروط بشروط وضعها الشرع .

(2) قال ابن رشد : « اختلف العلماء في جواز هذا البيع إلخ ، وحجة من رأى القول بالبراءة على الإطلاق أن الرد بالعيب حق من حقوق المشتري قِبَل البائع » .

ويقول الدردير : النقصية قسمان ما وجب لفقد شرط ، وما وجب لظهور عيب في المبيع .

بداية المجتهد جـ 2 ص 184 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 58 .

(3) قاعدة : عقد الالتزام يلزم كل طرف بأداء ما التزم به .

فإن كان قد دفع الثمن فالشرط لاغ ، ومَلَك المشتري المبيع من وقت العقد فهو على ذمته ؛ فإن كان مقومًا فضمانه من المشتري أيضًا ، وإن كان يحتاج إلى توفية من كيل أو وزن أو عد فضمانه من البائع . وإن كان مملوكًا للمشتري من وقت العقد إذ لو أجزنا الشرط لكان الثمن المدفوع ثمنًا إذا تسلم المبيع في الوقت المحدد ، أو سلفًا إذا لم يحضر للاستلام ؛ لأنه لا يستحق البائع منه شيئًا خصوصًا لو نص في العقد على أن العربون المدفوع من الثمن لا يرد ؛ لأنه يكون بلا مقابل وهو من قبيل أكل أموال الناس بالباطل .

فإذا لم يكن الثمن مدفوعًا فالشرط صحيح ويعمل به ؛ لأنه لا يتنافى مع العقد ولكن فيه مصلحة للبائع فإذا لم يتسلم المشتري في اليوم المعين فالبائع في حل من التزامه بشرط أن يشهد على ذلك .

ولهذا كانت القاعدة أن المبيع على الوصف وهو غائب بتًّا لا يجوز النقد فيه إن كان يتغير في المدة بين البيع والتسليم ، وإن كان لا يتغير كالعقار مثلًا صح البيع فيه على الوصف وجاز فيه دفع الثمن [1] ؛ لأن في الأول يتردد الثمن بين السلفية إن لم يبق المبيع على وصف البائع وبين الثمنية إن بقي على الصفة ، وأما في الثاني فهي ثمن ؛ لأنه لا يتغير .

وأما البيع على الخيار في الغائب على الصفة فجائز مطلقًا إن لم ينقد .

ولو نص في العقد على أن عدم التنفيذ يجعل العقد ملغيًّا من غير إنذار ولا تنبيه فالشرط صحيح ؛ لأن هذا الشرط لا يتنافى مع العقد بل العقد يقتضيه ، ولكن يشترط عدم دفع الثمن لإمكان تردده بين الثمنية والسلفية وبشرط أن لا يبعد عن مدة الخيار ؛ لأن هذا في الواقع خيار لأحد الطرفين فيجب أن يكون في حدود شروط الخيار وإلا فسد .

وعدم تسلم المبيع [2] لا يقتضي فساد العقد لا في الحبوب ولا في غيرها فالعقد صحيح ولا يبطله عدم التسليم . ومسألة الإيجار لا تخرج عن حق

---

(1) قاعدة : المبيع على الوصف وهو غائب بتًّا لا يجوز النقد فيه إن كان يتغير في المدة بين البيع والتسليم ، وإن كان لا يتغير كالعقار مثلًا صح البيع فيه على الوصف وجاز دفع الثمن .

(2) في الأصل : [المباع] .

الثالث ، وقد سبق أن حقه محترم ، وهو من المفوتات لرد السلعة حتى في البيع الفاسد .

بند [101] أسباب أخرى لتلاشى العقود

القانون الفرنسي :

إبطال العقد : هو العمل الذي يتفق الطرفان فيه على إلغاء العقد الصادر بينهما . ويتفرع على هذا :

أولًا : أن طرفًا واحدًا لا يمكنه إبطال العقد منفردًا ، ويستثنى من ذلك الشركة التي أنشئت لأجل غير محدود ، وعقد الوديعة ، وعقد التوكيل فيمكن لطرف واحد إبطال العقد منفردًا .

ثانيًا : كل عقد يمكن إبطاله باتفاق الطرفين ما دام أنه كان في إمكانهما عقده ، ويستثنى من ذلك عقد الزواج ، وعقد تنظيم مالية الزوجين أو المهر ، وعقد التبني .

ونتيجة إبطال العقد لا ترجع إلى الماضي بل يعمل بها في المستقبل من وقت الإبطال ؛ فكل حق ترتب على العين المبيعة [1] للغير قبل إبطال العقد يلتزم به البائع .

ومتى كان العقد محدودًا بأجل ينحل العقد نفسه بمرور الأجل ، وذلك في الإيجار والشركات والقرض .

وموت أحد المتعاقدين لا يؤثر في العقد إلا إذا كان الشخص نفسه ملحوظًا في العقد كالشركة والوكالة وإيجار العمل [2] .

بند [102] أسباب أخرى لتلاشي العقود

التشريع الإسلامي :

إبطال العقد : هو إلغاؤه باتفاق الطرفين هنا ، وفي شرح رقم 100 ورقم 99 أن

---

(1) في الأصل [المباعة] .

(2) انظر : البنود من 1168 إلى 1184 ، في الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 260 : 264 .

إبطال العقد إلغاؤه من أحد الطرفين بسبب اتفاقي أو شرعي أو منهما بشرط في العقد صريحًا أو ضمنًا ، وأما هنا فهي الإقالة من الالتزامات المتعاقد عليها ولا يمكن إلا أن يكون باتفاق الطرفين فلا يبطله أحدهما بهذا المعنى منفردًا وقد سبق ذكر شرط جواز ذلك [1] .

وكل عقد بمعاوضة يلزم اتفاق الطرفين على إبطاله ، وليس لأحدهما إبطاله منفردًا [2] فيخرج عقد الوديعة ، وعقد التوكيل فللموكل والمودع إبطاله من جانبه [3] .

والقاعدة العامة أن كل عقد يعقد بين طرفين يمكنهما حله إطلاقًا [4] . وأما عقد الزواج فهو عقد مدخول فيه على شرط أن تكون العصمة بيد الزوج فإن اشترطت الزوجة أن تكون العصمة بيدها كان لها الحق في إبطاله والطلاق من زوجها [5] . وإن اشترطا أن تكون العصمة بيد شخص ثالث صح ، وكان لهذا الثالث حل عقدة الزواج ، فالزواج عقد على منفعة معينة ككل العقود يصح فيه نقل الشرط في حل العصمة لغير الزوج . وأما عقد التبني فليس موجودًا في التشريع الإسلامي [6] محافظة على كيان الأسرة الشرعية وعدم السماح بإدخال أجنبي فيها كما لا يسمح بخيانة الزوج ولا الزوجة محافظة على الأنساب فمن بابٍ أولى منع التبني .

ونتيجة إبطال العقد أحد أمرين :

أولًا : إن كانت الإقالة قبل فوات المبيع أو قبل تعلق حق الغير به فيرد الثمن

---

(1) سبق بيان المواد القانونية التي تناولت موضوع الإقالة ، وشروط جوازها وهل هي فسخ أو اتفاق على إنشاء عقد جديد .

(2) قاعدة : كل عقد بمعاوضة يلزم اتفاق الطرفين على إبطاله ، وليس لأحدهما الانفراد بإبطاله .

(3) للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء . بداية المجتهد (302/2) .

(4) قاعدة : كل عقد يعقد بين طرفين يمكنهما حله اتفاقًا .

(5) إذا فوض الزوج الطلاق إلى زوجته على سبيل التوكيل فله أن يعزلها قبل إيقاعه . الخرشي على مختصر خليل (69/4) و في المعونة جاء قوله : .إذا ملك الرجل امرأته طلاقها جاز ، لأنه قد وكلها بذلك ، والتوكيل في الطلاق جائز ص 878 .

(6) لقوله تعالى : ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾ .

والمثمن كل لصاحبه .

ثانيًا : إن فات المبيع فليس لهما الرد بالثمن الأول ؛ لأنه ابتداء بيع من جديد ويجب فيه عدم الجهالة ، وإن تعلق حق الغير به توقف إبطال العقد على رضاء ذلك الغير .

موت أحد المتعاقدين أو خروجه عن الأهلية الشرعية لا يبطل العقود بل تورث [1] عن العاقد المتوفى فيقوم ورثته مكانه في الإلزام والالتزام إلا إذا كان أحد الطرفين ملحوظًا شخصيًا في التعاقد بحسب ذاته كشركة العمال وإيجار العمل لشخص معين في عمل يجيده أو بحسب صفاته كالمستعير في حق المنفعة والمعمر والوكيل والموقوف عليه طالب العلم أو المدرس أو الإمام والخطيب مثلًا فإن هؤلاء الأشخاص كان التعاقد معهم لصفات أرادها الطرف الآخر [2] .

---

(1) قاعدة : خروج أحد المتعاقدين عن الأهلية الشرعية لا يبطل العقود بل تورث .

(2) يجب التفريق بين موت أحد العاقدين أو خروجه عن الأهلية قبل ارتباط القبول بالإيجاب على وجه يفيد انعقاد العقد أو بعد حدوث هذا الارتباط . ومن البدهي الذي قد لا يحتاج إلى النص أن موت أحد المتعاقدين أو خروجه عن الأهلية قبل حدوث الارتباط بين الإيجاب والقبول يمنع انعقاد العقد . وهذا ما نصت عليه المادة 79 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 94 مصري و 82 عراقي و 96 أردني و 46 كويتي . أما إذا حدث الموت أو الخروج عن الأهلية بعد الانعقاد وتمام الارتباط بين الإيجاب والقبول فإن آثار العقد جميعها تترتب عليه في حق العاقد إذا خرج عن أهليته وفي حق خلفه العام ، وهذا هو ما بينته المواد 145 مدني مصري ، 144 مشروع المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 142 عراقي والمادة 206 أردني والمادة 201 كويتي . وقد جاء في المادة 144 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية أنه « ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام » ويتفق ذلك مع قواعد الشريعة الإسلامية ومع ما أوجبه القانون المدني المصري في المادة 875 التي تنص علي أن :

1 - تعيين الورثة وتحديد أنصباتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها .

2 - وتتبع في تصفية التركة الأحكام الآتية .

وقد نصت المادة 1/306 من مرشد الحيران علي أنه : « إنما تجري أحكام العقود في حق العاقدين ولا يلزم بها غيرهما » (انظر البدائع جـ 5 ص 358) . (انظر في هذا عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 5 ص 66 وما بعدها) .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 45) .

فإذا مات العامل أو المستأجر للعمل ذاتًا أو المستعير [1] للمنفعة أو المعمر أو الوكيل [2] أو الموقوف عليه فقد بطل الالتزام ؛ لأن الغرض من العقد فقد بوفاة الشخص المراد فيه .

الكتاب الثاني

بند [103] مآخذ الالتزامات غير الاتفاقية

القانون الفرنسي : الالتزامات غير الاتفاقية تأتي من :

أولًا : ما يشبه التعاقد .

ثانيًا : العمل المترتب عليه تعويض وما يشبه العمل المترتب عليه تعويض .

ثالثًا : القانون .

---

(1) تقدمت الإشارة إلى القاعدة العامة التي توجب انصراف أثر العقد إلى الخلف العام عند وفاة المتعاقد إلا إذا تبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من القانون عدم انصراف أثر العقد إلى هذا الخلف . ويتفق هذا مع قواعد الفقه الإسلامي فيما يبدو مما أشار إليه المؤلف بعقدي العمل والعارية أو الوكالة . ذلك أن العارية في الفقه الإسلامي تنتهي بموت المعير أو المستعير . فقد نصت المادة 807 من المجلة علي أنه « تنفسخ الإعارة بموت المعير أو المستعير » . وتطابقها المادة 401 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علي مذهب الإمام أبي حنيفة (ابن عابدين جـ 4 ص 775) . ونصت المادة 778 من مرشد الحيران علي أنه « تنفسخ الإعارة بموت المعير أو المستعير ، ولا تنتقل العارية لورثة المستعير ، فإن مات المستعير مجهِّلًا للعين المستعارة ولم توجد في تركته ، تكون دينًا واجبًا أداؤه من التركة » .

وقد أخذ القانون المدني المصري بقريب من ذلك ، حيث جاءت مادته رقم 645 بالنص على أنه « تنتهي العارية بموت المستعير مالم يوجد اتفاق يقضي بغيره » . ويتفق هذا مع ما جاء في المادة 644 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 660 كويتي والمادة 863 عراقي والمادة 776 من القانون الأردني .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 239) .

(2) تناولت المادة 714 من القانون المدني المصري أسباب انتهاء الوكالة مما يتعلق بإتمام العمل الموكل فيه أو بانقضاء الأجل المحدد لها أو بموت الموكل أو الوكيل . ويتفق ذلك مع جاء في المادة 709 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 946 عراقي والمادة 862 أردني والمادة 716 كويتي ، كما يتفق مع قواعد الفقه الإسلامي ، فيما يظهر مما نصت عليه المادتان 1526 ، 1527 من مجلة الأحكام العدلية ، والمادة 948 وما بعدها من مرشد الحيران .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 275) .

الالتزامات الناتجة من القانون هي :

1 - الالتزامات المختلفة الناتجة عن نظام العائلة ، كواجب النفقة والتعليم والتربية للأولاد بالنسبة للوالدين والواجبات المتقابلة بين الزوجين الناتجة عن الزواج .

2 - الالتزامات الناتجة عن الجوار كالحدود والحواجز الجبرية .... إلخ .

3 - التزام الوصي والمشرف القيام بوظيفتهما متى عهد إليهما بها .

4 - التزام الشريك بالقسمة في الملك غير القابل للقسمة .

العمل المترتب عليه تعويض :

الأعمال المترتب عليها تعويض هي أعمال قانونية واختيارية تلزم شخصًا لشخص آخر وأحيانًا تلزم الشخص الآخر للأول من غير وجود عقد بينهما وهي على نوعين .

(1) إدارة الإعمال . (2) أداء ما ليس بواجب .

ويلحق بهما قبول الميراث الملزم له أداء الوصايا ، وحالة عدم إمكان القسمة الملزمة للورثة بالتعويض المتقابل ، والثراء بلا سبب وباستغلال الآخرين . والتشريع الحديث ينتقد هذا النوع من الالتزامات حيث يقول العلامة بلانيول : إنه تعاقد بغير إرادة ؛ لأن مدير العمل يتعاقد هو شخصيًا باسم رئيسه بدون علمه ولا إرادته ، فيلزمه القانون بهذا العقد فلا اختيار للرئيس في التعاقد ، فهذا التعاقد غير قانوني ؛ لأنه مبني على الثراء بلا سبب ، وهو ليس موجودًا في القانون الألماني ولا في القانون السويسري . ونتيجة ذلك أنه يجب أن يكون سبب الالتزام هو القانون ، فهي التزامات قانونية [1] .

بند [104] مأخذ الالتزامات غير الاتفاقية

التشريع الإسلامي : سبق في أول الالتزامات أن علماء التشريع المدني يقررون أن التزام الناس بعضها نحو بعض غير موجود أصالة ، وإنما ينشأ من التعاقد اختياريًا . وقد ينشأ من القانون محافظة على كيان المجتمع ؛ فالمفروض أن المدين

---

(1) انظر : بند 203 وبند 349 وبند 397 ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 49 ، 80 ، 90 .

بريء حتى يثبت الدين في ذمته [1] ولذلك لا يكلَّف الدليل على عدم مديونيته أو على براءة الذمة ؛ لأنها هي الأصل ؛ فمن ادعى غير الأصل – وهي المديونية – فهو المكلف بالإثبات [2] فمديونية أي شخص نحو مماثله أو التزاماته إما أن تنشأ عن التزامه مختارًا أو يوجبها المشرع ؛ فلا يعرف التشريع الإسلامي هذه التسمية وهذا الاصطلاح ، وإنما يعرف ذلك تحت عنوان أحكام شرعية .

فإذا نظرنا إلى الالتزامات الناتجة عن نظام العائلة نجد أن واجب النفقة نتج عن التزام الزوج عند قبول الزواج بقبول ما ينتج عن الزواج ، ومنه كفالة الزوجة في جميع لوازمها من مأكل وملبس ومبيت ، وأن واجب التعليم و التربية للأولاد نتج عن أن الأولاد ثمرة عقد الزواج وسببهم الزوج فهو ملزم من ناحيتين بتعهده وسببيته . ومن ناحية أخرى اجتماعية محافظة على الجنس البشرى في أرقى طبقاته وأحسن سلالاته من تربية وتعليم ، وإن الواجبات المتقابلة بين الزوجين نتجت عن تعهدهما والتزامهما كل منهما نحو الآخر فيما فرض عليه [3] .

وإذا نظرنا إلى تحديد الملكية ووضع الحواجز الجبرية نجد أن هذا ناتج عن وجوب المحافظة على ملك نفسه بتحديده ، وعلى عدم اعتدائه على ملك الغير أو الاختلاف في مدى ملكه مثلًا ؛ فوجب وضع الحواجز الجبرية ، وهكذا يكون الالتزام إما بقبوله اختياريًّا أو بفرضه قانونًا نظرًا للمصلحة العامة .

والتزام الوصي والقيم بأداء وظيفتهما فيما عهد به إليهما ناتج عن قبوله الوصاية أو القوامة متى كان معينًا ، ومعنى قبوله ذلك قيامه نحو عديم الأهلية بما يعمله لنفسه ، والتزام الشريك ببيع ما لا ينقسم تثبيتًا لقواعد العدل وتمكينًا لكل مالك من أن ينتفع بملكه بمنتهى الحرية كما يشاء . ومعلوم أن الملك المشترك لا يصح لأحد [4] الشركاء أن يتصرف فيه إلا

---

(1) قاعدة : المدين بريء حتى يثبت الدين في ذمته .

(2) عملًا بالقاعدة المعروفة (البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر) .

(3) يقول ابن رشد : « اتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها . بداية المجتهد جـ 2 ص 54 ، والشرح الصغير جـ 2 ص 432 .

(4) قاعدة : الملك المشترك لا يصح لأحد الشركاء أن يتصرف فيه إلا بإذن بقية الشركاء .

بإذن بقية شركائه فكان لزامًا زوال هذه الحالة الشاذة بوجوب بيع ما لا ينقسم [1] .

فيكون أساس التشريع الإسلامي مبنيًّا على عدم إلزام الشخص ما لا يلتزمه هو باختياره أو ينتج عن التزام قَبِله ، هو أو كانت المصلحة العامة تقتضي التزامه به ، كدفع ضريبة للحكومة .

العمل المترتب عليه تعويض :

لا يخلو عمل الشخص المكلف شرعًا إما أن يكون لنفسه أو لغيره ؛ فإن كان لنفسه فهو له وعليه إن خيرًا وإن شرًّا . وإن كان العمل لغيره ، فإما أن يكون وكيلًا شرعًا أو عرفًا أو أجنبيًّا ، فإن كان وكيلًا شرعًا أو عرفًا ودخل عمله تحت نص التوكيل أو عمله المكلف به ممن استخدمه فالمكسب والخسارة تعود على من وكله وهو الملزوم بما التزمه مخدومه أو وكيله ، وإن كان غير وكيل شرعًا ولا عرفًا فهو فضولي .

وحكم تصرف الفضولي وحكم أعماله موقوفة على رضاء وإجازة صاحب الحق في التصرف (يعني المالك الحقيقي) [2] ؛ فلو تعاقد الفضولي على بيع أو هبة أو إجارة لأملاك الغير مثلًا أو أي عقد آخر فعقده صحيح في ذاته لكنه غير لازم للمالك الحقيقي إلا إذا أجازه [3] . فإن لم يجزه فلا يزال الشيء المبيع على

(1) قال الدردير : « واستحسن كثير من المتأخرين أن العرف الجاري بين الناس كأهل البوادي والأرياف وغيرهم يموت الواحد منهم ولا يوصي على أولاده اعتمادًا على أخ أو جد أو عم لهم يعرف بالشفقة عليهم ينزل منزلة التصريح بإيصائه عليهم ، وله البيع في القليل والكثير بشروطه السابقة فيمضي ولا ينقض » الشرح الصغير ، باب الوصية 177 : 192 .

(2) وصح بيع غير المالك للسلعة وهو المسمى بالفضولي ، ووقف البيع على رضا المالك الحقيقي الشرح الصغير (5/3) .

(3) تناولت المادة 466 من القانون المدني المصري أحكام بيع ملك الغير ونصها أنه :

« إذا باع شخص شيئًا معينًا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطالب بإبطال البيع ، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع علي عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » .

وقد تقدمت الإشارة إلى أخذ عدد من القوانين العربية بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة القابلية للإبطال التي أخذ بها القانون المدني المصري ، كما تقدمت الإشارة إلى ما قاله عبد الرازق السنهوري في تفضيل الأخذ بوقف العقد ، ولهذا أخذت المادة 127 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بهذا المعيار واعتمدت فكرة العقد الموقوف التي يأخذ بها الفقه الإسلامي والتقنين العراقي والتقنين الأردني .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 153) .

ملك صاحبه لا يفوت إلا بذهاب عينه فقط فإن فات كان الضمان على الفضولي ، فيضمن الأكثر من الثمن والقيمة كل هذا متى كان المالك الحقيقي غائبًا غير عالم بهذا التصرف . فإن تصرف الفضولي بحضرة المالك لزم المالك هذا التصرف [1] ؛ لأن الفضولي صار وكيلًا [2] بسكوت المالك ، فإن سكت المالك الحاضر وقت بيع الفضولي سنة فلا حق له في المطالبة بالثمن . فإن لم يكن حاضرًا فله المطالبة عشرة أعوام في ثمن المنقول والعقار [3] أو ذاته إن وجدت بلا تغير [4] .

---

(1) تناولت المادة 468 من القانون المدني المصري حكم بيع الفضولي ، ونصها :
« إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » .
وقد أخذت المادة 441 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة بما يقرب من ذلك ، فنصت على أنه « إذا لم يجز المالك البيع بطل العقد . وفي هذه الحالة يجوز للمشتري إذا كان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع أن يطالب بتعويض إذا كان البائع حسن النية » .
ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 3/135 من التقنين العراقي التي تنص علي أنه : « إذا لم يجز المالك تصرف الفضولي ، بطل التصرف ، وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه ، وكان العاقد الآخر أداه عالمًا أنه فضولي ، فلا رجوع له بشيء منه » .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 154) .
(2) الفضولي كالوكيل . الشرح الصغير (5/3) .
(3) تناولت المادة 467 من القانون المدني المصري حكم إجازة المالك بيع الفضولي ، ونصها :
1 - إذا أقر المالك البيع ، سرى العقد في حقه ، وانقلب صحيحًا في حق المشتري .
2 - وكذلك ينقلب العقد صحيحًا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلي البائع بعد صدور العقد .
وتختلف عن ذلك المادة 2/135 من التقنين العراقي في أخذها بفكرة العقد الموقوف ، ونصها : « فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلًا ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر » .
وتقابل المادة 551 من التقنين الأردني . والمادة 509 من التقنين الكويتي .
انظر في الفقه الإسلامي المادتين 377 ، 378 من المجلة والمادة 397 من مرشد الحيران ، والمادة 152 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علي مذهب الإمام أبي حنيفة ومذكرتها الإيضاحية .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 153) .
(4) يقول الدردير : « وصح بيع غير المالك للسلعة وهو المسمى بالفضولي ، ولو علم المشتري أن البائع لا يملك المبتاع وهو لازم من جهته منحل من جهة المالك ووقف البيع على رضاه ما لم يقع البيع بحضرته وهو ساكت فيكون لازمًا من جهته ، وصار الفضولي كالوكيل » . الشرح الصغير جـ 3 ص 5 .
حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 5 ص 53 ، 54 ، والقوانين الفقهية لابن جزي ص 184 .

ولا فرق بين التزامات الفضولي في ملك الغير ولا عمله فيها ، فإن جاء شخص لا علاقة بيني وبينه إطلاقًا لا في عمل مشترك ولا هو موظف عندي ولا وكلته لا عرفًا ولا شرعًا وأحضر طوبًا وبنى لي منزلًا في قطعة أرض اشتريتها لأبني عليها منزلًا فهو بلا شك فضولي فلست ملزمًا بما عمل ولا أجر له عندي وأنا مخير بين قبول هذا المنزل ودفع قيمة ما تكلفه بناؤه لهذا الفضولي أو أمره بإزالة ما عمل . وليس في هذا ضياع أموال الناس بالباطل لأن الفضولي هو الذي عرض ماله للضياع ، فهو المفرط وهو أولى بالخسارة .

إذًا ليس هناك إدارة أعمال إلا ما تعارف الناس عليها في معاملاتهم من وكيل أو موظف لعمل خاص مثلًا كما سيأتي تفصيله فهذا التشريع فيه إلزام هذا الشخص قهرًا عنه ، ويجب في الالتزامات تحقق الإرادة ولو في الجملة ، وهذا لا علم له من صاحب العمل إطلاقًا .

وأما أداء ما ليس بواجب فإن كان تبرعًا صح وكان هبة ، وإن كان أداء لحق ظنه واجبًا وتبين خلافه وجب على من أخذه رده ، لأنه لا يصح أخذ شيء من الغير بغير حق [1] ، ويجوز لمن دفع ما ليس بواجب على ظن أنه واجب استرداد ما دفع . فإن دفع عن الغير فلا يخلو حاله إما أن يكون دفع احتسابًا أو دفع انتظارًا لميسرة فإن دفع احتسابا فلا رجوع له بشيء وإن قضى دين غيره بغير إذنه مُشهدًا أنه دفعه ليسترده جاز له ذلك . فإن قضاه بعلمه فهو وكيل في الأداء ، وعلى المدين الدفع لمن

(1) القاعدة في الفقه الإسلامي أنه « لا عبرة بالظن البين خطؤه » (المادة 73 من المجلة) كما أنه « لا عبرة للتوهم » (المادة 74 من المجلة) ، ومن تطبيقات هذه القاعدة أن « من ظن أن عليه دينا فبان خلافه يرجع بما أدى » الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 193 وما بعدها . ومن هذا يبين أن دفع غير المستحق يوجب الرد . مجمع الضمانات للبغدادي 458 وما بعدها ومصادر الحق للسنهوري 56/1 والمادة 207 في مرشد الحيران . وقد تناولت أحكام دفع غير المستحق المادة 181 مدني مصري والمادة 192 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 233 عراقي والمادة 296 مدني أردني ، ونصها أنه : « من أدى شيئًا ظانا أنه واجب عليه ، ثم تبين عدم وجوبه فله استرداده ممن قبضه إن كان قائمًا ومثله أو قيمته إن لم يكن قائمًا » . وفي المادة 297 من هذا القانون النص على أنه : « يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لدين لم يتحقق سببه أو لدين زال سببه بعد أن يتحقق » .

(انظر المذكرة الإيضاحية لهاتين المادتين في القانون المدني الأردني والمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 94 وما بعدها) .

أدى ، فإن اختلفا فقال المدين للدافع : دفعت احتسابًا ، وقال الدافع : دفعت لأرجع عليك فالقول للدافع ؛ إذ الأصل عدم الخروج عن الملك إلا بالوجه المقصود إلا أن تدل قرينة على كذب الدافع كما لو دفع عن الميت المفلس ثم طرأ ما لم يعلم به وطلب الرجوع . وقال ابن الحاجب [1] : ولو تنازعا في دفعه محتسبًا فالقول قول الدافع إلا لقرينة [2] .

والتشريع الحديث كالقانون الألماني بعد سنة 1900 والسويسري قد اتبع التشريع الإسلامي فحذف إدارة الأعمال وقرر أنه يجب أن يكون سبب الالتزام هو القانون أو الشخص نفسه .

أما إدارة الإعمال الناتجة من تدخل شخص أجنبي في أملاك آخر لإصلاحه أو تحسينه بغير إذن المالك صراحة أو ضمنًا فهذا غير موجود . ولا يجوز أن يكون موجودًا ، لأنه إلزام بغير التزام وقهرٌ بدون مبرر ، وتدخل في أملاك تخص شخصًا هو صاحب الحق فقط في التصرف فيها إيجادًا وعدمًا تصليحًا وتخريبًا ، وإلا فإن أجزنا نوعا من هذا فقد ذهب الحق المطلق على الحرية في الملكية لغير سبب عام يدعوه كالمصلحة العامة ، بل فيه تقديم مصلحة أجنبي على مصلحة المالك وهو لم يقله أحد .

إذًا لسنا في حاجة لشروط ؛ لأن الأساس غير موجود .

ومن المؤسف في التشريع الحديث أن المالك إذا عارض تصرف الفضولي فيطبق عليه قاعدة (الثراء على حساب الغير) إن كان العمل نافعا ، ومعناه إلزام المالك بما انتفع به من تصرفات الغير .

---

(1) ابن الحاجب هو أبو عمر وجمال الدين عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس المعروف بابن الحاجب المصري . كان مولده سنة 570 ومات بالإسكندرية في شوال سنة 646 وفي حسن المحاضرة مات عن 85 سنة . انظر : شجرة النور الزكية ص 167 رقم 525 .

(2) ذكر ابن جزى وجوب أن يكون الواهب صحيحًا مالكًا أمر نفسه ، فإن وهب المريض ، ثم مات كانت هبته في ثلثه عند الجمهور . القوانين الفقهية ص 271 ، إرشاد السالك ص 86 .

بند [105] إدارة الأعمال

القانون الفرنسي : وهو إتمام عمل لصالح شخص آخر بدون توكيل عنه فيه ، والذي يكمل العمل لصالح شخص آخر يسمى (مدير العمل) والذي عمل العمل لمصلحته يسمى (رب العمل) .

متى تكون إدارة الأعمال ؟ يكاد ينحصر هذا في عمل واحد وهو تداخل شخص في أملاك آخر لإصلاحه أو تحسينه ، وقد توسع في تطبيقه وتفسيره العلماء المجددون حتى عرفوه بأنه كل شخص يستفيد من نشاط شخص آخر .

ويشترط في وجود إدارة العمل أربعة شروط :

أولًا : التداخل في أعمال الغير ماديًا بتعمير الخرب أو إيجاد حقوق للمالك على الغير أو الاتفاق في الأعمال القضائية بما يعود بالمنفعة على أملاك الغير بل حتى في حق الحياة أو الحرية أو الشرف .

ثانيًا : عدم العمل بنية الطمع والأنانية الخالصة ؛ فالشخص الذي يعمل معتقدًا أنه لمصلحته الخاصة ولحسابه الشخصي لا يمكنه ادعاء إدارة العمل . فيجب أن يعمل لمصلحة الغير أو مع مصلحته أيضًا .

ثالثًا : عدم وجود توكيل بين المدير وصاحب العمل (المنتفع) فلو وجد توكيل لمدير العمل لقيل وكيل يعمل لمصلحة موكله .

رابعًا : عدم معارضة صاحب العمل (المنتفع) في العمل ، فإن عارض فيه فلا يكون من باب إدارة العمل ولكن يطبق عليه الثراء على حساب الغير إن كان العمل نافعًا ، ويشترط في مدير العمل أن يكون أهلًا للإلزام والالتزام .

نتائج إدارة العمل :

أولًا : بين مدير العمل ورب العمل : ينتج من إدارة العمل التزامات يتحملها المدير والتزامات يتحملها صاحب العمل ، فالتزامات مدير العمل هي :

1 - يجب على مدير العمل الاستمرار فيما بدأه حتى إتمامه مع ما يتبعه . وموت صاحب العمل لا يوقف العمل بل يستمر المدير حتى يتمه إلى استلام الورثة .

2 - يجب على مدير العمل أن يعمل كأب شفيق بعناية تامة حتى إنه لو أخطأ

أو نتج عن إدارته ضرر فللقاضي تقدير ذلك في التعويض .

3 - يجب على مدير العمل تقديم كشف حساب عن أعماله وما أنفقه فيها كوكيل ، ولزمه فوائد ما صرفه لحسابه الخاص من تاريخ عمله وفوائد باقي الحساب بذمته من تاريخ مطالبته رسميًّا . والتزامات رب العمل تتحقق متى كان العمل نافعًا ، وتتحقق منفعته وقت نهايته لا وقت إدارة العمل ولا وقت رفع الدعوى ليفصل القضاء . والالتزامات هي :

1 - دفع ما أنفقه المدير في العمل وفوائده من تاريخ ابتداء العمل متى كان نافعًا وضروريًّا كقواعد التوكيل .

2 - دفع ما تعهد به مدير العمل للغير والوفاء بالتزاماته الناتجة عن العمل .

ثانيًا : العلاقة بين مدير العمل للغير ورب العمل وبين الغير .

رب العمل ملزم بما تعهد به المدير باسمه مع الغير مادام العمل نافعًا ، فإن كان العمل غير مفيد لم يلزم رب العمل بشيء ، والتزم مدير العمل نحو الغير بتعويض لما أصاب ذلك الغير .

الفرق بين إدارة العمل والوكالة ما يأتي :

أولًا : إدارة العمل شبه عقد ؛ لأنه لم يجتمع فيه قبل وجوده لا عرْضًا ولا قبولًا ، والوكالة عقد قانوني تترتب عليه آثاره باختيار ورضا الطرفين .

ثانيًا : الموكل ملزم بالوفاء بما تعهد به وبما صرفه الوكيل لمصلحة وكيله حتى المصاريف الشخصية ولو كان العمل غير مفيد للموكل ، بينما رب العمل ليس ملزمًا في إدارة العمل إلا بدفع المصاريف المفيدة .

ثالثًا : تنتهي الوكالة بموت الموكل وليس الوكيل ملزمًا بمباشرة عمله إلا إذا كان في الترك ضرر ، وبالعكس في إدارة العمل فعلى مدير العمل الاستمرار في إدارة عمله عند موت رب العمل حتى نهايته واستلام الورثة منه ذلك .

رابعًا : فوائد المبالغ المدفوعة من الوكيل تسري من يوم تحقق وجودها بدون إنذار ولا تنبيه ، بخلافها في مدير العمل فتسري من يوم التنبيه الرسمي .

خامسًا : الوكلاء ملزمون بتنفيذ الوكالة بالتضامن ، وليس بين مديري العمل أي

تضامن في التنفيذ . وهذه التفرقة بين إدارة العمل والوكالة تأتي قبل قبول رب العمل ما عمله المدير لحسابه ، ولكن بعد تصديقه عليه وقبوله تكون نتيجته راجعة إلى الماضي ويفرض كأنه كان وكيلًا فيستوي مدير العمل والوكيل إذًا في هذه الحالة [1] .

بند [106] التشريع الإسلامي

سبق أن ذكرنا أن هذا التشريع غير موجود في التشريع الإسلامي لأنه تأباه العدالة والمبادئ العامة في حق المالك المطلق في التصرف في ملكيته .

ولا ينطبق على قواعد الالتزام الاختيارية ، بل ولا قواعد الالتزام الضرورية للمصلحة العامة التي أساسها القوانين السماوية العادلة ؛ ولهذا عدل عنه في التشريع الحديث في القانون المدني الألماني والقانون السويسري ، وسيأتي الوقت ليعدل عنه التشريع الفرنسي فيقال عندئذ هذا هو التشريع الحديث ، ولا يعرف المشرعون أصله ومأخذه وهو التشريع الإسلامي ولله في خَلقِه شئون .

بند [107] أداء ما ليس بواجب

القانون الفرنسي : أداء ما ليس بواجب هو أداء شخص شيئًا خطأ ظنه واجبًا عليه لشخص آخر وليس في ذمته أي شيء ، والذي أخذ ما أدى بغير حق يجب عليه رده ، فإن لم يرده وديًا فللمؤدي رفع دعوى تدعى (دعوى استرداد ما ليس بواجب) .

وهذا يشبه التعاقد من جانب واحد ؛ لأن الالتزام فيه تولَّد اختياريًا قانونيًا بدون اتفاق من الطرفين .

شرط دعوى استرداد ما ليس بواجب :

يجب لصحة هذه الدعوى ثلاثة شروط :

أولًا : يجب وجود أداء (دفع) ودليل الدفع شهادة شهود إلى 150 فرنكًا وما زاد فدليل كتابي طبقًا للقانون العام .

---

(1) انظر : البنود من 1984 إلى 1990 ، في الباب الأول ، من الكتاب الثالث عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 134 ، 135 .

ثانيًا : يجب وجود أداء ما ليس بواجب (دفع ما ليس بواجب) ويتحقق تحت ثلاثة أشكال :

1 - أدى ما ليس بواجب أصلًا ، كشخص ليس مدينًا أصلًا أدى لشخص ليس دائنًا أصلًا ، كمن دفع دينه مرتين أو دفع أزيد مما يجب عليه ، أو دفع مع وجود شرط معلق ثم تحقق المعلق عليه .

وأما تنفيذ الالتزامات الطبيعية فلا تدخل في هذا بشرط معرفة السبب بأنه ينفذ واجبًا طبيعيًا .

2 - أدى ما يجب ولكن لغير دائنه ، فالمؤدي مدين حقيقة والآخذ ليس دائنًا له .

3 - أدى غير ما يجب ولكن لدائنيه ، فالمؤدي ليس مدينًا والآخذ دائن حقيقة ولكن لغيره ، ومع ذلك فلو كان الآخذ حسن النية وأتلف سند دينه بمجرد أخذه ما دفع فليس بملزم بالرد ، وعلى من سدد دين الغير رفع دعوى ضد المدين الأصلي (عدم الغنى على حساب الغير) .

ثالثًا : يجب أن يكون أداء ما ليس بواجب حصل خطأ (غلطًا) لأن الذي يؤدي ما ليس بواجب عليه ويكون واهبًا (متبرعًا) للغير بما دفع فقد تنازل فعلًا عن دعوي استرداد ما دفع مع علمه بذلك .

مادة وتطبيق دعوى استرداد ما ليس بواجب :

1 - إذا كان ما أدِّي مبلغ من المال أو شيء له جنس وجب رد الكمية بصفاتها التي تلقاها 100 مائة جنيه ، أو عشرة أرادب قمح من نوع معين رد مثلها ، فإن كان سيئ النية فعليه الأرباح من تاريخ إعلانه بالرد وإن كان حسن النية فلا .

2 - إذا كان ما أدى جسمًا محققًا وجب رده بعينه إلى الذي أداه له ، وعلى المدعى عليه رد أرباح المبالغ التي استلمها إذا كان سيئ النية من يوم إعلانه أمام القضاء ، وحسن النية لا شيء عليه غير رد الأصل فقط ، وعلى المسترد المصاريف الضرورية لحفظ العين المسلمة بدون نقص .

فإن هلك أو تلف ما دفع فإن كان المستلم حسن النية فلا يرد شيئًا ، إلا إذا كان بإهماله أو بسببه فيرد القيمة ، وإن كان سيئ النية وتلف ما عنده ، ولو كان الهلاك

من غير تسببه .

فإن باعه هذا الذي تسلمه رد ثمنه إن كان حسن النية وإن كان سيئ النية رد قيمته الحقيقية مهما بلغت .

ولمن أدى ما ليس بواجب أن يسترد ما أداه عينًا من يد من اشتراه ؛ لأن ملكيته لا تُزال عمن أداه لعدم وجود سبب صحيح لنقل الملكية ، ويلاحظ أنه إذا ما أدى منقولًا منع الاسترداد للقاعدة (وضع اليد في المنقول يعادل دليل الملك) [1] .

بند [108] أداء ما ليس بواجب

التشريع الإسلامي : هذه الجملة تشمل أنواعًا كثيرة من الحالات ؛ فتشمل تعهد شخص مثلًا بالإنفاق على آخر مدة معينة أو مدة الحياة بلا علاقة قرابة أو زوجية بين الطرفين فهذا ليس بواجب ، ولكن متى تعهد به وأداه يقال : إنه (أداء ما ليس بواجب) يعني أصالة ، وتشمل دفع الدين عن الغير ودفع الدين عن نفسه وهو في الواقع ليس مدينًا . كل هذا يدخل تحت (أداء ما ليس بواجب) .

ولكن الذي يعنيه القانون الوضعي هو دفع شيء خطأ ظنه واجبًا عليه لشخص آخر مع عدم مشغولية ذمته في الحقيقة بشيء ؛ فمن أدى شيئًا خطأ لغيره بدون وجوب عليه كان له الحق في الرجوع بما أدى على الآخذ . ووجب على الآخذ رد ما أخذ بغير حق [2] .

---

(1) انظر : البنود من 1371 إلى 1381 في الباب الأول ، من الكتاب الرابع من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 312 ، 313 ، 314 .

(2) تناولت تقابل المادة 181 من القانون المدني المصري حكم دفع غير المستحق ، ونصها :

1 - كل من تسلم علي سبيل الوفاء ما ليس مستحقًّا له وجب عليه رده .

وقد سبقت الإشارة إلى مقابلاتها من الفقرة الأولى للمادة 233 من التقنين العراقي التي تنص على أن « من دفع شيئًا ظانًّا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به علي من قبضه بغير حق » .

وتطابق في حكمها المادة 296 من التقنين الأردني التي تنص علي أن « من أدي شيئًا ظانًّا أنه واجب عليه ثم تبين عدم وجوبه فله استرداده ممن قبضه إذا كان قائمًا ومثله أو قيمته إن لم يكن قائمًا » .

وتطابق في حكمها المادة 264 من التقنين الكويتي التي تنص على أن « كل من تسلم ما ليس مستحقًا له ، التزم برده » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 64) .

ومتى أدى الشخص لغيره ما ليس بواجب عليه خطأ وأثبت ذلك بالبينة الشرعية الصحيحة جاز للمؤدي مقاضاة الآخذ وإرغامه على رد ما أخذه [1] .

وسواء كان الدافع ليس مدينًا أصلًا أو كان مدينًا ولكن لغير من دفع له ، أو كان مدينًا ولكن غير ما أدى فكل هذه يصدق عليها أنه أدى ما ليس بواجب عليه . وما دام الدفع خطأ وجب رد المدفوع لصاحبه ، وجاز مقاضاته متى امتنع عن الرد .

ويعتبر المشرع الإسلامي أن من أخذ شيئًا على سبيل الأمانة كالمودع عنده والمستعير بل والمستأجر ، وطلب منه رد هذه الأمانة وامتنع من الرد لصاحبها غاصبًا تطبق عليه أحكام الغاصب والغصب [2] .

فمن أخذ شيئا من آخر دفعه إليه خطأ على أنه واجب عليه ، وتبين ذلك له وجب عليه الرد ، فإن لم يرد فهو في حكم الغاصب وتجري عليه أحكامه .

والآخذ إما أن يكون عالمًا بعدم الوجوب وأخذ أو لا يعلم ، أو اختلط عليه الأمر فحكمه كالآتي :

1 - في حالة علم الآخذ بعدم الوجوب يضمن بالحيلولة بين المالك وملكه ويضمن بالفعل متى حصل مفوت ؛ لأنه يقضى عليه بالرد عينًا ما دام المغصوب موجودًا ، ويضمن ما أخذ ولو تلف بسماوي أو بجناية غيره عليه ، حتى ولو مات حتف أنفه ، ومتى تمكن من عين شيئه أخذه وجوبًا حتى لو كان مثليًا [3] .

فيضمن مثل المثلي إذا تعيب أو تلف ، و إن كان مقومًا خُيّر ربه بين أخذه عينًا

---

(1) قال ابن جزي : « التحبيس جائز عند الإمامين ، وأما المُتحبس عليه فيصح أن يكون إنسانًا أو غيره كالمساجد والمدارس » . القوانين الفقهية ص 273 .

(2) قال الدردير : « الغصب أخذ مال قهرًا تعديًا بلا حرابة ، والمراد بالأخذ الاستيلاء عليه ولو لم يأخذه بالفعل ، فمن استولى على مال شخص بأن منع ربه منه ، وهو لم ينقله من موضعه فهو غاصب » . جـ 3 ص 234 ، ص 226 . وجاء في الشرح الصغير : « وضمن الغاصب المميز بالاستيلاء على الشيء الذي غصبه بمجرده ، ولو تلف بسماوي ... (235/3) .

(3) يقول ابن رشد : « وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال أتلفت عينه أو تُلفت عند الغاصب عينه بأمر من السماء ، أو سلطت اليد عليه وتملك ، وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق » .جاء في الشرح الصغير (235/3) : وضمن الغاصب المميز بالاستيلاء على الشيء الذي غصبها أي ولو تلف بسماوي .

راجع : بداية المجتهد جـ 2 ص 316 ، والشرح الصغير جـ 3 ص 234 .

أو تضمين الغاصب قيمته يوم الغصب (وهو يوم الاستيلاء) [1] .

وللدافع غلة ما دفع بغير حق إذا استعمله أو أكراه الآخذ ؛ فإن لم يستعمله أو يُكْرِه فلا شيء عليه . فإن نشأت الغلة من غير استعمال كصوف ولبن وولد فهي للمغصوب منه .

وما أنفقه الآخذ على ما أخذ كعلف ومؤنة وكسوة وسقي أرض وعلاجها أو خدمة شجر ونحو ذلك مما لابد منه للشيء المدفوع بدون حق ، ففي غلة المأخوذ . فإن زادت النفقة على الغلة فلا رجوع ، وإن زادت الغلة على النفقة فهي لربها .

2 - في حالة عدم علم الآخذ أو اختلاط الأمر عليه ، بحيث قد ظن أن الدافع هو المدين ، فيكون حسن النية فينزل منزلة ذي الشبهة ، ويعتبر أمينًا فيفوز بالغلة ولا يجب عليه ردها ، فان هلك أو تلف ما دُفِع فلا ضمان عليه إلا إذا أهمل أو فرط في العناية أو التعهد ، أو كان متعديًا فعليه قيمةُ المقوم ومثلُ المثلى يوم الهلاك ، لا يوم الدفع .

ولمن أدى ما ليس بواجب أن يسترد ما أداه عينًا من يد مشتريه ما دام موجودًا لم يطرأ عليه ما غيره ؛ لأن ملكيته لا تزال موجودة لعدم وجود سبب شرعي لنقل الملكية . غير أن معاملات الناس تقتضي الثبات والاطمئنان ؛ فلو أجاز المشرع أخذ عين الشيء المدفوع بغير حق حتى ولو تغير في ذلك لكان ذلك اضطرابًا في التعامل، ونزعًا للثقة بين الناس وخوفًا مستمرًا ، فوضع المشرع حدًا لأخذ المدفوع بلا حق وهو الفوات كفوت المغصوب لا كفوت البيع الفاسد . ويبقى بعد الفوت دعوى استرداد القيمة أو المثل كما سبق [2] .

---

(1) و ضمن مثل المثلي ، ولو بغلاء و صبر لوجوده،و لبلده ،و لو صاحبه الغاصب ، و له أخذ الثمن ، والمنع منه . الشرح الصغير (235/3) .

(2) يتناول الفقهاء المسلمون أحكام أخذ الإنسان ما ليس ملكا له بغير حق أو سبب شرعي تحت عنوان الغصب . والواجب على الغاصب أن يرد ما أخذه بعينه إن كان قائمًا ، فإن هلك وجب عليه أن يرد مثله إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات . والقاعدة في الفقه الإسلامي أن « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » . وقد تناول القانون المدني الأردني أحكام الغصب طبقًا لمقررات الفقه الإسلامي ، وذلك في المواد 279 - 288 ، ويقابل ذلك في القانون المدني العراقي المداد 189 - 197 . وراجع أحكام الغصب في المجلة العدلية في المواد 881 وما بعدها وبدائع الصنائع للكاساني 143/7 وما بعدها . وقد تناولت المادة 185 من القانون =

وقاعدة (وضع اليد يعادل دليل الملك) سبق التكلم عليها وأن الاستثناءات من هذه القاعدة في القوانين الوضعية جعلتها لا تساوي شيئًا ، وفي التشريع السماوي وضع اليد يعادل دليل الملك ما لم يعارض بدليل آخر أقوى منه [1] وهو الحجة الشرعية فوضع اليد دليل الملك عند عدم وجود دليل آخر يناقضه [2] .

بند [109] الثراء بلا سبب

القانون الفرنسي : الثراء بلا سبب نظرية المتشرعين وجدت وطبقت بمقتضى قاعدة عادلة ، وهي (الثراء من غير سبب شرعي على حساب الغير لا يجوز) إذن فكل من أثرى بغير سبب قانوني يمكن إكراهه قانونًا بإرجاع ما تلقاه من الغير بدعوى خاصة .

= المدني المصري أحكام الحائز الحسن النية لملك غيره ، ونصها :

1 – إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم .

2 – أما إذا كان سيئ النية فإنه يلتزم أن يرد أيضًا الفوائد والأرباح التي جناها أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية .

3 – وعلي أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى .

وهو ما تناولته المادة 267 من التقنين الكويتي .

والمادة 244 من التقنين العراقي التي تنص علي ما يأتي :

1 – من دفع شيئًا ظانًا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به علي من قبضه بغير حق .

2 – وإذا كان من تسلم غير المستحق سيئ النية وقت التسليم أو بعده فإنه يلتزم أيضًا برد كل ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيد من الشيء وذلك من يوم أن تسلم غير المستحق أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية . وفي كل الأحوال يلزم برد ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من يوم رفع الدعوى . ويلزمه الضمان من وقت أن صار سيئ النية إذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير تعد منه . وتقابل المادة 300 من التقنين الأردني التي تقول : « علي المحكمة أن تلزم من قبض شيئًا بغير حق أن يرده إلي صاحبه ولها علاوة علي ذلك أن تأمر برد ما جناه القابض من مكاسب أو منافع ولها أيضًا أن تعوض صاحب الحق لقاء ما قصر القابض في جنيه » .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 66 .

(1) قاعدة : وضع اليد يعادل دليل الملك ما لم يعارض بدليل آخر أقوى منه أو يناقضه .

(2) عن حديث من أحيا أرضًا فهي له يقول الرهوني : « إن عموم الموات الواقع في الحديث المستفاد من وقوع النكرة في سياق الشرط مخصوص بموات لم يتعلق به حق لغير من أراد الإحياء » . حاشية الرهوني على الزرقاني جـ 7 ص 97 ، والشرح الصغير جـ 3 ص 68 ، 69 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 316 .

مأخذه القانوني : هذا المبدأ ليس منصوصًا عليه كقاعدة في مواد القانون ، ولكن القانون طبقه في عدة مواضع : في البناء على أرض الغير ، التعويض بين الزوجين في نظام الزواج العام م 1433 و 1437 م .

شروط تطبيق هذه القاعدة على غير ما نص عليه قانونًا .

لتطبيق هذه القاعدة يجب وجود أربعة شروط :

أولًا : افتقار الطالب ، فلا تطبق هذه القاعدة على من عمل في ملكه شيئًا أفاد جاره في أملاكه ؛ لأنه لم يفتقر في شيء .

ثانيًا : ثراء المدعى عليه ، كمن أرشد وارثا إلى تركة مورثه المتروكة له ، وهو لا يعلم عنها شيئًا بدون هذا المرشد فعليه نفقة المرشد ، وتعويضه على أتعابه .

ثالثًا : عدم وجود سبب قانوني ، فإن وجد سبب قانوني لهذا الإثراء فلا تعويض كتسلم المالك ملكه بعد نهاية عقد الإيجار فما زاد فيه من تحسين لا تعويض فيه . كذلك من له حق التمتع بالثمرة ليس له الرجوع على المالك بعد نهاية حقه بما زاد من تحسين الاستثمار .

رابعًا : عدم وجود دعوى أخرى أيًّا كانت لتعويض الضرر .

فليست هذه الدعوى لتعويض المدعي عما أصابه من خسارة ، ولكنها تقدر بما زاد في يسار المدعى عليه فهي دعوى معادلة ، ومبنى هذه الدعوى على الحق الطبيعي .

وتتشابه دعوى إدارة العمل والثراء بدون سبب في أن سبب كل منهما منفعة بدون حق تتحقق بشخص إلى شخص آخر [1] .

بند [110] الثراء بدون سبب

التشريع الإسلامي : التشريع الإسلامي يأمر في قواعده دائمًا بعدم الاعتداء على حقوق الغير ، وعدم أخذ شي بدون حق وبدون مقابل إلا ما نص عليه في هبة أو

---

(1) انظر : البند 555 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني من الكتاب الثاني من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 124 ، 125 .

وصية مثلًا [1] ، فمن أخذ شيئًا من غيره وجب عليه رده إن أمكن عينًا ، فإن لم يكن وجب عليه رد مثله إن كان له مثل أو قيمته إن كان مقومًا .

ووضع طرقًا للتملك محصورة إما بعقد أو بغير عقد ، فالعقد كالبيع والشراء مثلًا ، وغير العقد كإحياء الموات أو وضع اليد إلخ ، واشترط في وضع اليد ألا تكون قسرًا واغتصابًا فإن كانت تعديًا فلا احترام لها في نظر الشارع [2] .

فإذا أثرى شخص بدون سبب من أسباب الملكية المشروعة ينظَر في السبب ؛ فإن كان بطريق القهر والغلبة أخذ منه ورد لصاحبه وهو الغصب والغاصب ، وهو إثراء بغير سبب . وإن كان لسبب ظنه حقيقيًا فتبين خطأه ، كمن بنى في أرض اشتراها من غاصب ، ولا يعلم غصبه بل معتقدًا أن البائع له مالك حقيقي ثم استردها صاحبها بما عليها ، ففي الحقيقة قد أثرى صاحب الأرض بما وجد عليها ، وهو إثراء بلا سبب على حساب الغير فيقال للمالك المسترد للأرض : لا يجوز لك تملك البناء بلا سبب شرعي بينما [3] الباني لم يكن متعديًا ، فيقال له : ادفع قيمة البناء والغرس قائمًا منفردًا عن الأرض . فإن أبى قيل للباني : ادفع لمستحق الأرض قيمة الأرض براحًا . فإن أبى فشريكان بالقيمة للأرض والبناء .

وإن أثرى بطريق القسر والغلبة كمن بنى أو غرس في ملك الغير ، وكان غاصبًا أو مشتريًا من غاصب ، ويعلم غصبه فيخير رب الشيء المغصوب في أخذ البناء أو الغرس مع دفع قيمته منقوضًا أو مقلوعًا ، أو يأمره بتسوية أرضه بعد هدم ما بنى وقلع ما غرس ، فلم يبح لصاحب العقار الإثراء على حساب الغير وهو الباني أو الغارس ، فإن أخذ البناء أو الغرس فعليه دفع قيمته منقوضًا ، وإن اختار أرضه خالية كما كانت فلا شيء عليه ويجاب لطلبه ، فإنه وإن كان الباني والغارس ظالمًا في تعديه إلا أنه لا يجوز للمالك

---

(1) العقود قسمان : معاوضات ، كالبيع ، وتبرعات :كالهبة ؛ إذ إنها تملك ممن له التبرع ... بلا عوض الشرح الصغير (239/3) والوصية أيضًا بلا عوض .

(2) يقول ابن جزي : مقسما أنواع المكاسب وأنها كسب بغير عوض ، وبعوض ، فأما الكسب بغير عوض فأربعة :

1 – الميراث . 2 – الغنيمة . 3 – العطايا كالهبة والحبس .

4 – ما لم يتملكه أحد كالحطب والصيد ، وإحياء الموات . وبعوض ، فأربعة : عوض عن مال كالبيع ، وعوض عن عمل كالإجارة ، وعوض عن جناية كالديات . القوانين الفقهية ص 186 ، مواهب الجليل جـ 4 ص 226 .

(3) في (الأصل) : [بينما أن الباني] .

الإثراء على حسابه ، ولا يجوز ظلم المتعدي بأخذ ماله بلا مقابل [1] .

وأما ما ذكر التشريع الوضعي من احترام تصرف الغير ، ولو كان سيئ النية كمن بنى أو غرس في أرض نفسه بأدوات الغير ، وإلزام صاحب الأدوات بأخذ القيمة فقط ، وحرمانه قهرًا من ملكه تنفيذًا لقاعدة من ملك الأرض فقد ملك ما عليها فهذا منتهى الظلم . ويجب عدم احترام أي تصرف في ملك الغير ، فيخير مالك الأدوات في أخذ أدواته أو تركها وأخذ ثمنها ، وحينئذ يعرف المعتدون على أملاك الغير أنهم لا يفوزون بها بل يخسرون فلا يعود أمثالهم لعمل كهذا ، وتأمن الناس على أملاكها .

على أن هذا وإن كان فيه إثراء على حساب الغير ففيه أكبر من ذلك ، و هو تشجيع التعدي على ملكية الغير و عدم احترامها .

وإن المثل الحقيقي لهذه المسألة ينطبق على شخص وهب له شخص آخر قطعة أرض فضاء فأقام عليها بناء فاستردها مالكها الحقيقي ، فلا يصح له شرعًا اغتنام بناء الباني الموهوب له ولا الثراء على حساب الغير ، فإما أن يدفع قيمة المباني منفردة ، وإما أن يدفع الباني قيمة الأرض وإلا يعتبرا شريكين .

على أن هذا المبدأ (الثراء بلا سبب) قد يجد له واقعات يطبق عليها فمثلًا [2] :

---

(1) اختلف الفقهاء في تعريف الغصب ، فحده أبو حنيفة وأبو يوسف بأنه إزالة يد المالك عن ملكه المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال . ولم يشترط محمد كون الفعل في المال لتحقق الغصب . وحده الشافعي بأنه إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه ، والإزالة ليست بشرط عنده لتحقق الغصب . أما المالكية ففرقوا بين الغصب وهو إثبات اليد على مال الغير بغير حق قصدا إلى تملكه ، وبين التعدي ، وهو إثبات اليد على مال الغير بقصد الاستيلاء على منفعته . يقول الدردير : الغصب أخذ مال قهرًا تعديًا بلا حرابة ، والمتبادر من المال الذات فخرج التعدي ، وهو الاستيلاء وعلى المنفعة فقط كسكني دار وركوب دابة من غير استيلاء على ذات الدار أو الدابة ، وقهرًا خرج به الأخذ اختيارا كعارية وسلف وهبة والدين من المدين والوديعة ونحوها ... وحرمته معلومة من الدين بالضرورة . الشرح الصغير جـ 3 ص 234 راجع تحليل هذه التعريفات المختلفة للغصب دلالاتها في ضمان العدوان لمحمد سراج في الفصل الخاص بالغصب .

(2) عن المغصوبات يقول ابن رشد : .. فأما الوجه الأول وهو أن يجعل في مال المغصوب ماله عين مال قائمة ، وهو ينقسم إلى قسمين ، أحدهما : أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه إعادته إلى حاله كالبقعة يبنيها وما أشبه ذلك ، والثاني ألا يقدر إلى إعادته كالثوب يصبغه والسويق يلته . فأما الأول فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة إلى حالها وإزالة ماله فيها مما جعله من نقض أو غيره ، وبين أن يعطي للغاصب قيمة ماله فيها .

راجع تفصيلًا أكثر بداية المجتهد جـ 2 ص 319 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 330 ، 331 .

1 - اشترك اثنان في عمل تجارة ، وليس عندهما مال آخر ظاهر يعملان فيه ، وانقطعا للعمل فيها وبعد مضي أربع سنين أو خمس سنين امتلك أحد الشريكين أطيانًا وعقارًا بدون سبب ظاهر ينبى عليه هذا اليسار ، وبقي الشريك الآخر كما كان وقت الشركة ، فاتهم هذا الشريك شريكه الذي أثرى بلا سبب بأنه اختلس مال التجارة لنفسه واشترى هذه الأملاك ، ولا دليل عنده على الاختلاس سوى حالته وحالة شريكه قبل التجارة وأثناءها ، وطلب من القاضي الحكم له على شريكه برد هذه الأموال لشركة التجارة وعدم اختصاصه بها ، فعلى القاضي سؤال الشريك الذي أثرى بلا سبب ظاهر فإن بَيَّنَ بيانًا مقبولًا عرفًا وعقلًا خلى سبيله ، وإن لم يبين بيانًا صحيحًا مقبولًا أخذ منه المال الذي اختص به وأُرجع للشركة .

ولا يقال حينئذ : لا يسأل المالك من أين ملك ؛ لأن هذا محمول على حالة عدم اتهام أحد إليه ؛ فقد ذهب علماء المالكية إلى أبعد من هذا فقالوا : إذا اشتهر شخص بالعداء و الغصب على أموال الناس ، وادُّعي عليه بذلك فإن أقر أخذ منه ما معه ، وأعطى لأصحابه وإلا حبس و عذب و سجن لمعرفة حقيقة ما معه ، فإن توافرت الأدلة على اعتدائه صودرت أمواله ورُدَّت لأصحابها إن عُرِفوا ، وإلا أودعت بيت مال المسلمين [1] .

2 - عين القاضي وصيًا على قاصر غني واسع الأملاك والوصي فقير ومضى أربع سنين أو خمس مثلًا ، فظهرت النعمة على الوصي بما لم يعرف الناس سببه ، و ظن الناس بالوصي أنه أكل أموال القاصر ، فبلغ القاضي ذلك أو بلَّغ القاصر واتُّهم الوصي بالاختلاس حيث لا سبب يعلمه الناس لهذا اليسار المفاجئ للوصي ؛ سأله القاضي فإن أبان بحق وعَدْل السببَ الذي أدى لذلك خلّى سبيله ، وإلا أخذ

---

(1) يقول الدردير عن المشهور بالغصب : أنه إن اشتهر بالعداء بين الناس ، فإنه يُحلَّف ويهدَّد ويضرَبُ ويستحق فإن استمر على جحوده تُرِك . الشرح الصغير جـ 3 ص 235 .

وجاء في الخرشي على مختصر سيدي خليل (130/6) « و أما المعروف بالعداء فإنه يضرب ، و يسجن ، ويطال سجنه ، بل قال بعض الأئمة : يخلد في السجن » .

وهذه هي مسألة الضرب للتهمة المختلف فيها بين الفقهاء والتي انفرد بها المالكية عند جمهور الفقهاء فأباحوا ضرب المتهم إذا احتفت القرائن ، ودلت على تغليب جنايته . وقد دافع الدكتور حسين حامد عن مالك في كتابه المصلحة ، ورد نسبة هذا الرأي للإمام مالك ، فانظره هناك .

ما في يده ورد للتركة ، وهذا تطبيق للمبدأ (منع الثراء بلا سبب) .

لهذا كان التشريع إسلاميًّا بدمه ولحمه ، وإن كان لم يُذكَر له باب خاص . وقد طبقه الوضعيون في بعض مواضع ، ولكنهم اشتطوا به حتى طبقوه على بعض جزئيات لا يصح عدلًا تطبيقه فيها كما علمت آنفًا .

ويجب أن يكون الطالب قد ذهب بعض ماله ، وأن يكون حصل ثراء بالفعل للمدعى عليه بلا سبب قانوني شرعي ، وأن لا يكون قد أخذ تعويضًا عما أصابه .

وهذه الدعوى تكون دعوى تعويض لخسارة ، وتكون دعوى تقدير بما زاد في يسار المدعى عليه ، وفرق بينهما وبين إدارة العمل . فإن إدارة العمل سُلِبت فيها إرادة رب العمل ، وفُرِض عليه قبول شيء لم يطلبه ولم يتعاقد عليه ، وأما في الثراء بلا سبب فقد اغتنم المثري شيئًا اقتطعه من أموال الغير بإرادته واختياره ، وهو ممنوع من ذلك شرعًا ، لهذا أمره المشرع بإرجاعه أو بدفع ثمنه [1] .

ويطبق هذا المبدأ على اللقطة [2] ، ومن وجدها وعرفها سنة ثم امتلكها أو لم يعرفها ثم امتلكها وجاء ربُّها وعرفها وطلبها ، فإن كانت قائمة بذاتها ولم تتغير أخذها وإلا أخذ مثلها أو قيمتها من ملتقطها [3] ؛ لأنه لا يجوز الثراء على حساب الغير بلا سبب [4] .

---

(1) قال ابن رشد : اتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنةً ما لم تكن من الغنم . ثم قال : وهي عند المالكية ثلاثة أقسام : قسم يبقى في يد ملتقطه ، ويخشى عليه التلف إن تركه كالعين والعروض ، وقسم لا يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن ترك كالشاة في القفر والطعام الذي يسرع إليه الفساد ، وقسم لا يخشى عليه التلف .

ولكل قسم منها أحكام تراجع في : بداية المجتهد جـ 2 ص 307 .

(2) عرف المالكية اللقطة بأنها مال معصوم عرض للضياع ، وإن كلبًا ، وفرسًا ، وحمارًا . الشرح الصغير (350/3) .

(3) اختلف العلماء في حكم اللقطة بعد السنة ، فاتفق فقهاء الأمصار ، مالك ، والثوري ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، وأبو عبيد ، وأبو ثور على أنه إذا انقضت كان له أن يأكلها إن كان فقيرًا ، أو يتصدق بها إن كان غنيا .... وكلهم متفقون على أنه إن أكلها ضمنها لصاحبها إلا أهل الظاهر . بداية المجتهد (305/2 ، 306) .

(4) تناولت المادة 179 مصري و 180 سوري و 243 عراقي و 262 كويتي حكم الثراء أو الكسب بلا سبب أو الثراء على حساب الغير ، وبينت هذه المواد وجوب تعويض الشخص المتضرر من ذلك ، وإنما يجب ذلك بثلاثة شروط ، أولها إثراء المدين واغتناؤه ، والثاني افتقار الدائن ، والثالث عدم وجود سبب قانوني لهذا الإثراء . ولا يعترف القانون الإنجليزي بكون الإثراء على حساب الغير مصدرًا للالتزام إلا في حدود ضيقة . وهو في الفقه الإسلامي محل خلاف فرآه بعضهم سببًا للالتزام في أحوال قليلة ، على حين يرى البعض الآخر =

بند [111] الأعمال الموجبة للتعويض وما يشبهها

القانون الفرنسي :

الأعمال الموجبة للتعويض :

أولًا : الضرر المدني ، وهو كل عمل غير قانوني مضر ومنسوب إلى فاعله ، ونتج عنه ضرر مقصود فيجب وجود أربعة شروط :

1 - يجب أن يكون العمل صدر مع قصد الضرر فإن صدر لا بقصد الضرر كان شبه ضرر مدني لا ضررًا مدنيًا .

2 - يجب أن يكون العمل مضرًّا ، فكل عمل غير قانوني ، وغير مضر للغير لا يستوجب تعويضًا فليس له محل قانونًا ، والضرر إما مادي كإلحاق الضرر بأملاكه أو أدبي كإلحاق الضرر بشرفه أو سمعته .

3 - يجب كون العمل منسوبًا إلى فاعله بمعنى أنه يجب أولًا أن يكون هناك خطأ نتج عن إهمال أو عدم تعقل ، والطيش الخفيف في العمل يكفي لتحمل المسئولية . وتتلاشى المسئولية عند وجود قوة قاهرة حملت الفاعل على العمل ، ويجب أن يكون الفاعل ملزمًا بما فعل بأن يكون مختارًا وقت العمل ، ولا يشترط كون الفاعل أهلًا للتعاقد كالصبي فهو ملزم مدنيًا ، والمرأة المتزوجة ملزمة بخطأها حتى في أموال مهرها .

4 - يجب كون العمل غير شرعي يعني ضد القانون [1] .

= وجود نظرية عامة في هذا الفقه للإثراء على حساب الغير (مصادر الحق للسنهوري 55/1 وما بعدها والوسيط للسنهوري 1252 وما بعدها الطبعة الثانية والمذكرة التوضيحية للقانون المدني الأردني وأساس ذلك في الفقه الإسلامي قوله ﷺ : « لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادًّا ولا لاعبًا » . وكذلك الحديث الشريف : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » (الشوكاني ، نيل الأوطار جـ 6 ص40 و 62) .

وقد نصت المادة 97 من المجلة في هذا المعنى علي أنه « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 64) .

(1) انظر : البنود من 1382 إلى 1386 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الرابع من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 314 : 316 .

بند [112] الأعمال الموجبة للتعويض

التشريع الإسلامي :

أولًا : الضرر : وهو كل عمل غير قانوني نتج عنه ضرر للغير . ولا يشترط أن يكون الضرر مقصودًا حصوله من فاعله . فإن الصبي ولو غير مميز كابن شهرين يضمن ما أفسد من مال غيره في ذمته ، ويؤخذ من ماله إن كان ، وإلا انتظِر وجود ماله . ومثل الصبي – ولو غير مميز – المجنون فإنه يضمن ما أفسده في ذمته . وتضمينهما هو القول المشهور في المذهب في المال ، وفي النفس الدية على عاقلتهما [1] إن بلغت أكثر من

---

(1) تناولت المادة 164 من القانون المدني المصري المسئولية عن الإضرار بالغير ، ونصها :

1 – « يكون الشخص مسئولًا عن أعماله غير المشروعة متي صدرت منه وهو مميز .

2 – ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول علي التعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم .

وهو ما تناولته المادة 291 من التقنين العراقي التي تنص علي ما يأتي :

1 – إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله .

2 – وإذا تعذر الحصول علي التعويض من أموال من وقع منه الضرر إن كان صبيًا غير مميز أو مجنونًا جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض ، علي أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه علي من وقع منه الضرر .

3 – عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعي في ذلك مركز الخصوم .

وتقابل هاتان المادتان في التقنين الأردني المادتين الآتيتين :

م 256 : « كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر » .

م 278 : « إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله » .

وتقابل هاتان المادتان المادة 2/227 من التقنين الكويتي التي تنص علي ما يأتي :

« ومع ذلك يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز » .

ويتفق إيجاب المسئولية على الصغير ولو غير مميز عما يحدثه من ضرر للغير مع قواعد الفقه الإسلامي ؛ إذ الضمان من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف فلا يشترط فيه تمييز ولا بلوغ ، ولذا كان فعل المجنون أو الصبي موجبًا للضمان كفعل العاقل البالغ . وإنما يجب الضمان في مال الصغير أو المجنون فيما نص عليه الفقهاء ونبه إليه المؤلف . غير أن ذلك قد يؤدي إلى ضياع حقوق المتضرر ، لغلبة فقر الصبيان والمجانين ، وإنما وجب في مال أوليائهم لأنهم هم المسئولون عنهم وعن منعهم من الإضرار بغيرهم ، وهو مما ييسر للمضرور الحصول على التعويض إذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز وتعذر الحصول علي التعويض من ماله . حيث يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يلزم من هو مسئول عنه بمبلغ التعويض كولي أو وصي أو قيم أو مكلف بالرقابة . ويكون لهذا المسئول إذا استطاع أن ينفي الخطأ عن نفسه ، أن يرجع فيما بعد على عديم التمييز (قارن م 916 من المجلة) . =

الثلث ، وإلا فعليهما في مالهما إن بلغت الثلث [1] .

وقال بعض علماء المذهب لا شيء عليهما مطلقًا كالعجماء من الدواب فعلها هدر في المال والنفس . وقال آخرون لا شيء عليهما في إتلافهما المال ، وأما النفس فالدية على العاقلة إن بلغت الثلث .

والضمان فيما تلف يكون مثل المثلي وقيمة المقوم يوم التعدي والضمان . هو المعبر عنه في القوانين الوضعية بالتعويض تجاوزًا؛ لأن معنى الضمان في التشريع السماوي إلزام محدث الضرر بنتيجة ما حصل فيقضي عليه بالمثل ، أو بالقيمة وهو التعويض [2] .

والضرر إما مادي وإما أدبي ؛ فالضرر المادي أن يتعدى شخص على ملكي فيتلفه كلًّا أو بعضًا . والضرر الأدبي أن يلحق بي أذى يمسني في اعتباري كشخص في الحياة له اعتبار محترم ، مثلًا كتحقيري بين أمثالي بسب أو شتم أو صفع أو إلصاق تهمة حتى لو كانت صحيحة لو سمعها الناس ينقص اعتباري في نظرهم . وهنا فرق التشريع الإسلامي بين الضرر المادي والضرر الأدبي .

1 - الضرر المادي ، الضرر المادي الذي يحصل للشخص إما أن يكون في ماله فيذهبه كلًّا أو بعضًا أخذًا أو إتلافًا ، وإما أن يكون في جسده فيذهب به كلًّا أو بعضًا أو يلحق به أذى كصفع وضرب . فالذي يتلف المال إما يأخذه [3] :

(1) قوة وقهرًا .   (2) أو يأخذه خلسة .

= (انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 55) .

(1) يقول الدردير الشرح الصغير جـ 3 ص 236 : وحافر بئر تعديًا بأن حفرها في طريق الناس أو في ملك غيره بلا إذن أو في ملكه بقصد الضرر فتردى فيها شيء فإنه يضمن أما في ملكه بلا قصد ضرر أو في الموات كذلك فهدر ، ويلاحظ اشتراطه قصد الإضرار للضمان في الفعل الضار الذي يحدثه الشخص في ملكه .

(2) يقول ابن رشد المغصوب مضمون على الغاصب برد عينه أو مثله إن كان من المثليات وتعذر رد عينه أو قيمته إن من القيميات . وقد بنيت في ضمان العدوان مراعاة الفقه الإسلامي لما توجبه العدالة المطلقة ، بخلاف القوانين التي اتجهت إلى إيجاب القيمة من أول الأمر يوم الغصب . بداية المجتهد جـ 2 ص 318 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 236 .

(3) يقول الدردير عن الغصب : وحرمته معلومة من الدين بالضرورة ، ولكن لم يرد فيه حد مخصوص ، وأدب غاصب مميز ولو صبيا بما يراه الحاكم لحق اللّه ، ولو عفا عنه المغصوب منه بضرب أو سجن أو هما أو مع نفي . الشرح الصغير جـ 3 ص 234 .

(3) أو يأخذه غشًّا وخداعًا ؛ فالأول الغصب [1] ، وحكمه : أن يفعل به الإمام ما يراه رادعًا له من ضرب وسجن وتعزير وتغريب إلخ [2] ، والثاني السرقة [3] وحكمها : قطع اليد ثم الرجل ثم اليد إلخ ، والثالث الذي يأكل أموال الناس بالباطل ، ويستعمل طرق النصب والاحتيال أو يشهد زورًا بكِرَاء إلخ ، وحكمه : أن يعزره الإمام أو الحاكم كما يرى ، و له بيع ماله وإخراجه من بلده وضربه وسجنه إلخ .

وأما الذي يلحق الضرر بالجسم فإما أن يذهبه كلًّا أو بعضًا ، أو يلحق به أذى من ضرب أو صفع .

فالأول : القاتل ، وعليه القصاص في عنقه إن كان القتل عمدًا عدوانًا ، و إن كان القتل خطأ ففيه الدية [4] .

والثاني : الجناية على الأطراف ؛ يد ، رجل ، إصبع إلخ ففيها القصاص يدًا بيد وسنًّا بسن ورجلًا برجل ، متى كان الفعل عمدًا عدوانًا . وإن كان خطأ فلكل جارحة حكم يعلم من كتاب الجنايات فارجع إليه إن شئت .

والثالث : هو ضرب سوط أو ضرب بعصًا أو صفع على قفًا إلخ أو أي إيذاء بوجه ما فليس في ذلك حد مقرر ، بل فيه تعزير الإمام أي الحاكم ، فينظر لاعتبار المعتدي والمعتدى عليه والفعل ، فيحبس ويضرب ويطرد ويعرى الرأس ، ويضرب بسوط ونحوه وينفيه ويخرجه من الحارة في إيذاء الجار بل ويبيع ملكه عليه

---

(1) الغصب عند المالكية كما تقدم هو أخذ المال قهرًا تعديًا بلا حرابة . (الشرح الصغير 243/3) .

(2) وأدب غاصب مميز ، ولو صبيًّا بما يراه الحاكم لحق الله ، ولو عفا عنه المغصوب بضرب أو سجن أو هما أو نفي . الشرح الصغير (234/4) .

(3) السرقة : اخذ مكلف نصابًا فأكثر من مال محترم لغيره بلا شبهة على وجه الخفية والاستسرار . وإنما تجب العقوبة في الغصب والسرقة مع الضمان . والفرق بين العقوبة والضمان فيما بينه الفقهاء أن القصد من العقوبة الردع والزجر على حين أن القصد من الضمان هو الجبر للضرر . الشرح الصغير (130/4) .

(4) يقول ابن رشد الجنايات التي لها حدود مشروعة أربع جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء ، وهو المسمى قتلا وجرحًا ، وجنايات على الفروج ، وهو المسمى زنى وسفاحًا ، وجنايات على الأموال ، وهي ما كان مأخوذًا بحرب فهي حرابة إذا كان بغير تأويل وإذا كان بتأويل سمي بغيًا ، وإن كان مغافلة سمي سرقة ، وإن كان بعلو مرتبة وقوة سلطان سمي غصبا ، وجنايات على الأعراض وهو المسمى قذفًا .
بداية المجتهد جـ 2 ص 395 .

كالمزورين مثلًا إلخ .

وقد يكون تعزير الإمام بغير ذلك كإتلاف مال الغاش عليه إذا كان يسيرًا كإراقة اللبن على من غشه .

ولا يجوز التعزير بأخذ المال إجماعًا . وما روي عن الإمام أبي يوسف [1] صاحب أبي حنيفة من أنه جوز للسلطان التعزير بأخذ المال فمعناه كما قال البزازي من أئمة الحنفية : أن يمسك المال عنده مدة لينزجر ثم يعيده إليه ، لا أنه يأخذه لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الناس ؛ إذ لا يجوز أخذ مال مسلم بغير سبب شرعي كشراء أو هبة [2] .

فعلى هذا إذا نالني ما أكره من أحد الناس خصوصًا الأغنياء فصفعني قلمًا على ملأ فرفعت أمره للقاضي فحكم عليه بـ 100 قرش صاغ غرامة يكون مخالفًا للتشريع السماوي ، والواجب التعزير بضربه أو سجنه ، يعني إيصال الأذى لجسمه ليذوق وبال أمره ، ويعلم أن الألم مُمِضٌّ ، وما كان ينبغي له أن يفعل [3] ؛ ولهذه

---

(1) أبو يوسف : قاضي القضاة ، أبو يوسف ، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن حبيش بن السعد بن بجير بن معاوية الأنصاري الكوفي .

مولد أبي يوسف في سنة ثلاث عشرة ومائة ، وكان أبوه فقيرًا ، له حانوت ضعيف ، ومات فأسلمته أمه قصارا ليعمل عنده بما يعينها على معاشه ، فتعهده أبو حنيفة بالنفقة حتى يتفرغ لتعلم الفقه . وتوفى سنة 182 هـ .

ترجمته : « تذكرة الحفاظ » للذهبي 292/1 ، « المغني في الضعفاء » 756/2 ، الذهبي في « سير أعلام النبلاء » 707/7 .

(2) لا يضمن المستأجر والمستعير ما ينشأ من ضرر للمعار والمأجور بالفعل المأذون له فيه أو ما يماثله ، كأن استعارها ليركبها لمكان كذا فركبها إليه من هو مثله ، أو ليحمل عليها أردب فول فحمل عليها أردب قمح ؛ إذ القاعدة في الفقه أن الإذن ينافي الضمان . وأما الذهاب بها مسافة أبعد مما استعارها لها فلا يجوز ، ويضمن إن عطبت كالإجارة . الشرح الصغير جـ 3 ص 232 ولا يسلم ما ادعاه المؤلف من الإجماع على المنع من التعزير بأخذ المال . وقد حكى فيه الخلاف سيد صديق حسن خان في ظفر اللاضي بما يجب في القضاء على القاضي ص 150 وما بعدها ، وانتهى إلى ترجيح تقييد استعمال هذه العقوبة في قضايا خاصة وردت في السنة المطهرة . ومن الواضح أن الذين منعوا الحكم بهذه العقوبة إنما كان قصدهم منع الحكام من التجرؤ على أموال الناس وأخذها بالحق والباطل ، فإذا انتفى هذا المانع بقي الأمر على الأصل الذي بينته السنة ، وهو جواز أخذ المال من الجاني عقوبة له .

(3) تقدم أن هذا مما قد لا يسلم للمؤلف ؛ ففي هذا المثال بعينه قد تجب العقوبة على الصفع أو الضرب بالعقوبات الرادعة للجاني عن ارتكاب مثل هذه الجناية . غير أنه قد يجب عليه أمر آخر إزاء الألم النفسي أو المعنوي الذي لحق بالمجني عليه ، وهو ما يسميه أبو يوسف « أرش الألم » ولما كان الأرش تعويضًا غير مقدر ويتوقف على الظروف الخاصة بالجاني والمجني عليه فإنه يترك للقاضي تقدير ذلك طبقًا لما جاء في المواد 171 مصري و 185 مشروع المدني =

الأحكام غير الرادعة تمادى الأشرار في إلحاق الأذى بالأشراف وأهل الفضل ، والذين يترفعون عن مجاراتهم في مضمار الشر ، بل كانت هذه الأحكام حافزة لملاقاة التعدي بمثله بل والأخذ بالثأر بدعوى أن حكم المحكمة غرامة ثم يقول : (آخذ حقي بيدي وأخيرًا أدفع غرامة) ؛ هذا ما جره علينا تقليدُ الغربيين الأعمى وتركُ تشريعنا الحكيم وهديه المستقيم ؛ ولهذا اكتظت المحاكم بدعوى المضاربات والتعدي . وفي الغالب يحكم على الضارب والمضروب بغرامة لخزانة الدولة ، فما هذا ؟ أليس المراد بالمحاكم والقضاء إقامة العدل بين الناس ؟ أليس المراد بالأحكام في مواد التعدي والضرب والسب ردع الجاني واعتبار الناس ؟ ولكن للأسف الشديد تسمع من عامة الناس (آيه يعني أنا أعطيه علقة زي كيفي وأدفع غرامة جنيه) ، وهكذا كثرت الفوضى والتعدي [1] .

أخيرًا للّه في خلقه شئون ، أرشد اللّه المتشرعين إلى هذه الأحكام الشرعية التي بها يحفظ الأمن والنظام .

2 - الضرر الأدبي : وهو كل ما يلحق الشخص من تحقير في اعتباره بين الناس بسب أو إلصاق تهم به ، لو صحت للزم احتقاره . فإن كانت هذه الأضرار الأدبية من قبيل القذف [2] ففيها حد القذف كما يقول شخص لآخر (يا زان يا عاهر ، يا ابن الزنا ، يا علق ، يا مخنث ، إلخ) والحد جلد القاذف ثمانين جلدة [3] ، وإن كان الضرر الأدبي من ألفاظ لا قذف فيها ففيها الأدب كما يقول

= طبقًا لأحكام الشريعة ، و209 عراقي و 269 أردني و 246 كويتي والقاعدة في الفقه أن الضرر يزال .

(1) ليس من المسلم به هذا الربط بين كثرة الفوضى والتعدي وبين العقوبة بالغرامة ، لكنها قد تكون غير رادعة أحيانًا ، شأنها شأن غيرها من العقوبات . ومع هذا فإن الذي يناقشه المؤلف هو قضية تعويض الضرر الواقع على المجني عليه ، لجبر هذا الضرر وتطييب نفسه .

والقاعدة الفقهية أن الضرر يزال ، وهو مفهوم الحديث النبوي القاضي بأنه لا ضرر ولا ضرار ، وهو ما تضمنه القانون المدني العراقي في مادته 216 ونصها :

1 - لا ضرر ولا ضرار . والضرر لا يزال بمثله وليس للمظلوم أن يظلم بما ظلم .

2 - فلو أتلف أحد مال غيره في مقابل إتلاف هذا لماله كان كل منهما ضامنًا للآخر ما أتلف .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 219) .

(2) القذف : . هو رمي مكلف ، ولو كافرًا حرًا مسلمًا بنفي نسب عن أب ، أو جد أو بزنًا ... الشرح الصغير (127/4) .

(3) لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ .

شخص لآخر (يا فاجر ، يا حمار ، يا ابن النصراني ، أو اليهودي ، يا ابن الكلب ، إلخ) والأدب كما يراه الحاكم في مثل هذا .

وهذا حق شخصي يقوم به المتضرر أو ورثته من بعده بعد الوفاة ؛ لأنه ألحق بمورثهم ما أساء إليه ، ولمن بعده . بهذه الأحكام والحدود تصان الكرامة ، ويأمن كل شخص على كيانه وعلى ماله وعلى اعتباره ، وليس من الكرامة أن يقبل امرؤ نظير تحقيره قليلًا من المال إما له أو لخزانة الدولة ، فيجب الرجوع لأحكام الشرع الإلهي والدين القويم [1] .

ويشترط فقط تحقق الضرر بالفعل ، وأن يكون الفاعل غير مكره إكراهًا فعليًّا بما أذهب إرادته واختياره . والضمان للضرر يكون عن إهمال أو عدم تعقل أو طيش في العمل أو عدم تعهدٍ مثلًا للأمانة .

---

(1) يجب الالتفات إلى أن العقوبة على القذف في أحوال خاصة وبشروط معينة ينبغي ألا تكون مانعًا من القضاء بالتعويض عن الأضرار التي تنشأ من جراء السب أو القذف .

وقد تناولت المادة 222 مدني مصري الإشارة إلى الأضرار الأدبية التي يعوض عنها ، ونصها :

1 - يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضًا ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلي الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء .

2 - ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلي الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب .

وهو ما جاء المادة 205 من التقنين العراقي التي تنص علي ما يأتي :

1 - يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك . فكل تعد علي الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسئولًا عن التعويض .

2 - ويجوز أن يقضى بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب .

3 - ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلي الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي » .

ويقابله المادة 267 من التقنين الأردني والمادة 205 من التقنين العراقي .

والمادة 231 من التقنين الكويتي .

ويتفق هذا مع قواعد الفقه الإسلامي القاضية بأن الضرر يزال (م 20 من المجلة) ، وأن الضرر يدفع بقدر الإمكان (م 31 من المجلة) .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 62) .

بند [113] تجاوز استعمال الحق

القانون الفرنسي : نظرية تجاوز استعمال الحق هي أن يتجاوز الشخص حد استعمال حقه فينتج عن ذلك ضرر للغير ، فيجب عليه تعويض ذلك الضرر . وهذه النظرية ليس لها نص في القانون ، لكنها تأكدت من المتشرعين وطبقت في كثير من الأحوال في [1] المحاكم .

ويوجد تجاوز في استعمال الحق حينما يستعمل شخص حقه لسبب شرعي ، فيتجاوز حدَّ حقه النهائي في الاستعمال فيكون ضد النظام العام .

والفرق بين التجاوز في استعمال الحق وعدم وجود الحق ظاهر؛ لأن تجاوز الحق يقتضي وجوده ، وإن تجاوز الحق لا يقتضي التعويض لذاته بل بما ينشأ عنه من ضرر للغير ، بينما أن عدم وجود الحق يقتضي التعويض ، ولو مع عدم وجود الضرر . مثال ذلك : أردت حفر بئر في ملكي قريبًا من بئر جاري فجف بئر جاري ، وتحول الماء لبئري فقد استعملت حقي ، فإن كنت في حاجة حقيقية للماء فلا شيء عليَّ ، وإن كنت لست في حاجة إليها فقد تجاوزت حق الاستعمال في الملكية ، واستحق جاري التعويض ، وكحاجز على أملاك غريمه أضعافًا مضاعفة أزيد من دينه ، أو منفذ عقدًا محددًا بوقت قبل حلوله .

النتائج القانونية المترتبة على الضرر المدني :

وضع القانون قاعدة عامة للتطبيق ، وهي (كل ضرر مدني يلزم موجده بإصلاح ما نتج عنه من خسارة) . وهذه قاعدة مهمة سواء نظريًّا أو عمليًّا ؛ لأنها تؤكد المسئولية البشرية في حقل القانون كما أكدتها الأدبيات في الاعتقاد ؛ ولأنها كثيرة التطبيق عمليًّا أمام المحاكم كل يوم ، وإصلاح ما نتج من الضرر يتحقق في دفع مبلغ من المال كتعويض لما أصاب المتضرر ، والمحاكم تقدر كل حالة حسب ما ترى . ومع ذلك قد يكون التعويض مدنيًّا كنشر الحكم في صحيفة أو طلب مبلغ صغير جدًّا ، ويراعى في حكم التعويض علاوة على الضرر ما فوت عليه من المنافع .

---

(1) في الأصل : [من] .

الفرق بين الضرر المدني والضرر الجنائي أو (الجنحة المدنية والجنحة الجنائية) :

الضرر الجنائي هو فعل يلحق ضررًا بالهيئة الاجتماعية ، والذي يعاقب عليه جسمانيًا أو ماليًا ، والعلاقة بينهما أنه قد يتفق لفعل واحد فيه ضرر مدني وضرر جنائي متى كان غير قانوني كالسرقة وخيانة الأمانة والسب العلني والضرب والجرح إلخ ، وقد يوجد الضرر الجنائي كالشروع في جناية فلا ضرر مدنيًا ، وغالبًا يكون الضرر المدني بلا ضرر جنائي كإخفاء سندات مالية في ميراث من أحد الورثة والغش والإكراه في العقود ، والفرق بينهما ما يأتي ، ولكن متى وجد فعل فيه ضرر مادي وضرر جنائي فإن القواعد الخاصة بالجنائي هي التي تستعمل أولًا فالفرق :

أولًا – في اختصاص المحاكم : الضرر الجنائي ينظر أمام المحاكم التأديبية (الجنح والجنايات) ، والضرر المدني ينظر أمام المحاكم المدنية ، ومتى كان الفعل المعاقب عليه قد سبب ضررًا مدنيًا وجنائيًا فالمجني عليه بالخيار : إما أن يطلب تعويض الضرر أمام المحاكم المدنية ، فينتظر حتى يقضى جنائيًا ، وإما أن يدعي مدنيًا تابعًا للحق العام أمام المحاكم التأديبية ، فيقضى له تبعًا للحكم الجنائي .

ثانيًا – بالنظر إلى سقوط الحق بمضي المدة : فتسقط المدة في الجنائي الحق العام بمضي عشر سنوات في الجناية وثلاث سنوات في الجنحة وسنة في المخالفة . وأما في الحق المدني فلا يسقط إلا بمضي ثلاثين سنة . ومع ذلك لو اتحد الفعل المحدث للضرر فإن الدعوى بالمدني تسقط في نفس الوقت الذي يسقط فيه الجنائي ، ولا يمنع هذا من استرداد الشيء المسروق المختلس في مدة ثلاثين سنة .

ثالثًا – بالنظر لمسئولية الورثة : يجب عليهم التعويض عن خطأ مورثهم الذي سبب ضررًا ماليًا ، ولكن لا يتحاكمون جنائيًا بدله .

رابعًا – الأحكام الصادرة في الجنائي : مضمونة بتضامن المحكوم عليهم ، وبالتنفيذ الجسماني . ويتأثر التعويض المدني أيضًا بهذه الضمانة المضاعفة مادام نفس الفعل كوّن الضررين . و مع ذلك فإذا كان حكم التعويض المدني صادرًا على أكثر من واحد فالمتشرعون يعتبرونهم ضامنين متضامنين [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1382 إلى 1386 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الرابع من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 314 : 316 .

بند [114] نظرية تجاوز استعمال الحق

التشريع الإسلامي : تجاوز استعمال الحق يلزم الفاعل بتعويض نظير هذا التجاوز ، وهو حق مقرر في التشريع الإسلامي منذ وجوده . وهو دليل قاطع على استمداد التشريع الوضعي من التشريع الإسلامي بالرغم من عدم التصريح حتى باسمه . ويتحقق تجاوز استعمال الحق في كل شخص يملك منفعة شيء مملوك للغير ، أو استعمل حقه بما أضر به غيره ، ولو استعمل حقه في ملكه برفق لما حصل الضرر ، وذلك كالمستأجر والمستعير و الموهوب له المنفعة .

وهذه النظرية ترجع إلى إلحاق الضرر بالغير ؛ لأن من تجاوز حد استعمال حقه فقد [1] أضر بالغير ، وهو المالك للعين المستعملة ، ومن استعمل حقه في ملك نفسه متجاوزًا العرف و العادة فَلَحِق جاره ضررٌ من هذا التجاوز فقد أضر بالغير . و من ألحق ضررًا بالغير وجب عليه تعويضه . ويفرض التشريع الإسلامي أن هناك حقًّا وأن هناك تجاوزًا ، في استعمال هذا الحق [2] عرفًا وعادة ؛ فالمستأجر لأرض للزراعة

---

(1) قاعدة : من تجاوز حد استعمال حقه فقد أضر بالغير .

(2) تناولت المادة 5 من القانون المدني المصري أحكام التعسف في استعمال الحق ، ونصها :

يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلي تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(جـ) إذا كانت المصالح التي يرمي إلي تحقيقها غير مشروعة .

والأمر يتعلق في هذا المقام بنظرية التعسف في استعمال الحق . وهي نظرية لها كيانها المستقل ، حيث تتناول صورة متميزة للخطأ ، هي انحراف صاحب الحق في استعماله عن الغرض الاجتماعي للحق ، أي الغرض الذي تقرر الحق من أجله . وهذا معيار شخص مادي ، يزن استعمال الحق في ضوء الدافع الشخصي لصاحبه والغرض الاجتماعي له في وقت واحد . فإن كان هناك توافق بين هذا الغرض وذلك الدافع كان الاستعمال مشروعًا ، وإلا كان غير مشروع . فاستعمال الحق بقصد الإضرار بالغير من التعسف فيه . وهذا ما تقتضيه النظرة الحديثة التي لا تعتبر الحقوق سلطات مطلقة ، وإنما تريدها حقوقًا نسبية يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يجب ألا يحيد الحق عنها .

ومن ثم فهذا معيار عام للتعسف ينبسط علي جميع الحقوق أيًا كان نوعها ويمتد إلي جميع فروع القانون . ولقد ظفرت نظرية التعسف في استعمال الحق بعناية فائقة في الفقه الإسلامي ، حيث صاغها هذا الفقه صياغة لم يسبقه إليها فقه آخر . =

له الحق في استعمال العين المؤجرة حسب العرف و العادة لما تراد له . فإن كانت تزرع في السنة مرتين لتستريح من إجهادها فزرعها ثلاثًا ، فإذا أخذها ربها في السنة التالية ظهرت نتيجة ضعفها ، وعدم وجود كمية من الغاز الكافي للإنبات ، وكان العرف زرعها مرتين وتركها فترة بينهما لتتخللها الشمس والهواء فيزداد خصبها ، فكان بذلك المستأجر متجاوزاً استعمال حقه بالرفق والعادة فهو ملزم بتعويض المالك عن ذلك .

وأما المستعير فقال الإمام مالك : إنه إذا استعمل العين المستعارة استعمالًا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال يعني الزائد [1] ، وكذلك الموهوب له .

= فهي تقوم علي الأسس الإسلامية في تقرير الحقوق . ذلك أن شرع الحقوق في الشريعة الإسلامية إنما كان لمصلحة المجتمع ولمصلحة الإنسان . فهو يقوم علي مبادئ الأخلاق الإسلامية الفاضلة التي جاء بها الدين من العدل والمساواة والإحسان واتباع المعروف وتجنب الطغيان والجور والفساد ، وعلي عدد من القواعد الشرعية التي أقرتها الشريعة لتحقيق هذا الغرض . فهي تعد تطبيقًا لمقاصد الشارع التي أخذت من عدة نصوص وجملة أدلة تفيد القطع . ومن هذه المقاصد الكلية القطعية أن قصد المكلف في العمل يجب أن يوافق قصد الشارع . وقد فصل الإمام الشاطبي هذه النظرية في الجزء الثاني من الموافقات ، وهو كتاب المقاصد ، حيث عرض لبيان قصد الشارع في وضع الشريعة ومقاصد المكلف في التكليف وأورد تطبيقات عديدة تجمع بين المعيارين الشخصي والموضوعي . (راجع الموافقات جـ 2 القسم الثاني المسألة الخامسة : تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد) .

وحينما أراد المشرع أن يورد في التقنين المدني الحالي لأول مرة هذه النظرية لم يجد أمامه في سائر القوانين الأجنبية من الضوابط خيرًا مما ورد في الفقه الإسلامي . (محمود فتحي ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية . علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية . المجلة م 19 و 26 و 27 و 28 و 29) .

وقد تناولت المادة 37 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية معايير التعسف في استعمال الحق وآثاره على نحو أكثر استيعابًا وأقرب إلى ما قرره الشاطبي في موافقاته وإلى قواعد الفقد الإسلامي ومصطلحاته . ويقترب ما قررته هذه المادة مما جاء في المادة 66 مدني أردني .

وأكثر ما يساق من التطبيقات في هذا الصدد في الفقه الإسلامي يتعلق بولاية الدولة في تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة ، كمنع اختزان السلع تجنبًا لاستغلال حاجة الأفراد إليها خلال الحروب والجوائح . على أن هذه مجرد أمثلة تحتمل التوسع والقياس .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 10 ، 11) .

(1) المستعير يفعل بالعارية ما أُذِنَ له في فعله ... ولا يجوز له أن يفعل بها أضرَّ مما استعارها له ، فإنه يضمنها حينئذ إذا عطبت . (الخرشي على مختصر خليل 125/6) .

وأما استعمال المالك لملكه وتجاوزه الحدود المألوفة عادة فإنه يضمن ما نتج من تجاوزه حدود الاستعمال ، وذلك مصداق الحديث الشريف « لا ضرر ولا ضرار » [1] ، فلا تضر أحدًا ولا يضرك أحد وإن كان في استعمال حقك .

فلو زرع مالكٌ أرضه أرزًا ، وهو يحتاج لوجود الماء فيه دائمًا ، وكانت الأرض لا تراد للأرز ؛ لأنه لا يزرع غالبًا إلا في الأرض الضعيفة لإصلاحها ، ولضرورة وجود الماء دائمًا في أرض الأرز نشعت في أرض جاره فشُلَّ زرعه ؛ لأن الزارع لم يترك جيرة بين الأرضين (والجيرة في العرف ترك مسافة أربعة أمتار مثلًا أو اثنين أو واحد حسب قوة الأرض وضعفها وطبيعتها من رملية وسوداوية إلخ بدون زرع لإبعاد الماء عن الجار قدر المستطاع وعلى الجار تعويضه لذلك) ، أو لم يحفر مصرفًا ليمنع سريان الماء في أرض جاره فيأخذ نشع الأرز إلى المصرف العام ، فمتى تحقق الضرر وجب الضمان لما تلف ، وإنه وإن كان مستعملًا حقًّا شرعيًا في ملكه إلا أنه مُلزم بعدم الضرر ؛ فلو كانت العادة أن يزرع المجاورون أرزًا جميعًا اتقاء لعدم الضرر ، وخالف واحد ولم يزرع أرزًا بل حبوبًا أخرى فلو تضرر زرعه فلا ضمان ، لأنه هو الذي جلب الضرر لنفسه ، إلا أن يكون الزارع قصر في نزح مصرف مثلاً فهو متعمد الضرر [2] .

ولو أن الجار قد استعمل حقه في ربط دوابه بجوار الحائط المشترك فتآكَلَ الجدار ، وسقط فهو ضامن لما لحق الجار من الضرر؛ لأنه تجاوز حد الاستعمال في ملكه بما ألحق الضرر بالجار فاستعمال الحق المطلق على الملكية حق مقرر شرعًا إلا إذا لحق الغير ضرر من ذلك ، فعلى من تجاوز حق الاستعمال تعويض ما نشأ من هذا الضرر مقدرًا بقدره .

وأما مسألة البئر فإنها تختلف في إحياء الموات وفي المدن أو الأرض العامرة .

---

(1) الحديث في سنن ابن ماجه ، كتاب الأحكام رقم (3331) والموطأ ، كتاب المكاتب ، باب ما لا يجوز من عتق المكاتب ، ومسند أحمد ، مسند بني هاشم ، رقم (2719) .

(2) عن حريم البئر يقول الدردير : فإذا عمر جماعة بلدًا اختصوا بها وبحريمها ، وحريمها : ما يمكن الاحتطاب منه والمرعي فيه على العادة من الذهاب والإياب مع مرعاة المصلحة والانتفاع بالحطب وحلب الدواب ، ونحو ذلك غدوًّا ورواحًا في اليوم فيختصون به ، ولهم منع غيرهم منه ، ولا يختص به بعضهم دون بعض ؛ لأنه مباح للجميع . ومن أتى منهم بحطب منه أو حشيش أو نحو ذلك ملكه وحده ، وبين حريم البئر بقوله وما يضيف على وارد لشرب أو سقي ويضر بماء لو حفرت بئر أخرى . الشرح الصغير جـ 3 ص 333 .

ففي إحياء الموات (يعني إحياء الأرض الخربة) لا يجوز لأحد أن يعتدي على حريم البئر وحرمه [1] ، وهو ما يضيق على وارده لشرب أو سقي ، ويضر بمائه لو حفرت بئر أخرى ، يعنى ما يتصل بالبئر من الأرض ويضر بالماء كحفر بئر أخرى يُنَشِّف ماءها أو يُذهبه أو يُغيره بطرح نجاسة يصل إليه وسخها ، ولا ظاهرًا كبناء وغرس ؛ فمن فعل شيئًا من هذا فلرب البئر مقاضاته ، وعلى القاضي منعه متى تحقق أن فعله أضر بالبئر من هذه النواحي ، وعلى المعتدي تعويض صاحب البئر متى حصل له ضرر من هذا التعدي ، وهذا بئر الزرع والماشية .

وأما بئر الشرب فحرمه ما لا يضر بالماء ؛ فيمنع الجار من حفر بئر ينشف ماء بئر جاره أو يذهبه ، أو حفرِ مرحاض تطرح النجاسات فيه يصل إليه وسخها .

وأما الحاجز على أملاك خصمه بأزيد من حقه زيادة ظاهرة متعنتًا ، فيمنع من ذلك قطعًا . فإن نتج عن ذلك ضرر مادي كأن عين حارسًا من قبله وضع يده على المحجوز عليه أو نقل المحجوز عليه حتى يباع في اليوم المحدد ثم تلف بعض المحجوز عليه ضمن بلا نزاع هذا الحاجز ؛ لأنه متعنت . أما الاتفاق المحدد له يوم لنفاذه فليس له حق في نفاذه وللمتعاقد معه الامتناع عن التنفيذ .

النتائج الشرعية المترتبة على الضرر :

يترتب على الضرر وجوب الضمان لمثل المثلي ولقيمة المقوم يوم حصول الضرر ، أو ضمان الفرق بين قيمة ما وقع عليه الضرر سليمًا ، وقيمته معيبًا . فلو اكتري شخص دابة لركوبها إلى ناحية معينة فزاد عليها إلى جهة أخرى ، أو أردف خلفه آخر فعطبت الدابة في المسألتين فرب الدابة مخيَّر في أخذ قيمتها وتركها للمعتدي ، أو أخذ قيمة ما أنقصها هذا العطب ، كأن كانت تساوي 5 جنيهات ، سليمة فلما تعدى عليها ومسها خرم أو دبر أصبحت تساوي 3 جنيهات أخذ جنيهين والدابة ، أو أخذ الخمس جنيهات .

فالقاعدة العامة أن كل من تسبب في ضرر ضمن هذا الضرر [2] حسب

---

(1) قال عياض : حريم البئر ما يتصل بها من الأرض التي من حقها ألا يحدث فيها ما يضر بها . الشرح الصغير (333/3) .

(2) قاعدة : كل من تسبب في ضرر ضمن هذا الضرر .

الأصول الشرعية في التضمين [1] . وقد يمكن إصلاح الضرر بدفع مبلغ من المال ، كما إذا كان الضرر ماليًا بغير قصد ، وقد لا يمكن إصلاحه بدفع مبلغ من المال كمن ضرب غيره قلمًا على ملأ من الناس ، فإصلاحه التعزير بضربه أو سجنه أو التنكيل به كما يرى الحاكم ، فللقاضي تقدير كل حالة وحدها بظروفها .

وقد يرى القاضي أن الضرب لا يفيد فيسجن ، أو السجن لا يفيد فيُشهر به ، وبهذا لا يعود إلى عمله الضار بالناس [2] .

والفرق بين الضرر المدني والضرر الجنائي أن الضرر المدني ما يصح جبره بالمثل أو القيمة أو تعويضه بقيمة الخسارة والتلف ، ويصح فيه العفو من المتضرر . والضرر الجنائي : وهو إصابة النفس كلا أو بعضًا بأذى ففيه القصاص إن كان عمدًا ، أو الدية إن كان خطأ . والأمر في تنفيذ ذلك موكول للحاكم ، وقد يجتمع الأمران كسارق قتل بهيمة أثناء هربه ، وينفردان كل على حدة [3] .

وكل ما كان فيه ضرر بالهيئة الاجتماعية كالاعتداء على النفس أو الاعتداء على المال كالسرقة والاختلاس والسب العلني والضرب والجرح والقتل ففيها حق الله لا يصح السماح فيه لأحد ، وكذا بقية الحدود كالزنا والشرب والحرابة إلخ .

وأما إخفاء سندات مالية في ميراث من أحد الورثة فإن أخذها من حرز مثلها

---

(1) القاعدة الفقهية أن الضرر يزال ، وإنما تكون إزالة الضرر الذي يتسبب فيه أحد في مال غيره أو بدنه بإلزامه بضمان هذا الضرر ، وهذا هو ما تناولته المادة 363 ، 164 مدني مصري ، و المادة 186 من التقنين العراقي وهي :
م 186 : 1 – إذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسببًا يكون ضامنًا ، إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى » .
والمادة 227 في التقنين الكويتي وهي :
1 – كل من أحدث بخطئه ضررا بغيره يلتزم بتعويضه ، سواء كان في إحداثه الضرر مباشرًا أو متسببًا .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 54) .

(2) تتنوع الجزاءات المقررة على الإضرار بالغير في الفقه الإسلامي ؛ فبعض هذه الأجزية بالعقوبة التي تهدف إلى الزجر ، وبعضها الآخر بالضمان ، وهو يهدف إلى الجبر للضرر . وقد ناقش الفقهاء المسلمون هذين النوعين من الجزاءات تحت عنوان الزواجر (العقوبات) والجوابر (الضمانات) ، وهو ما يستقيم مع مقاصد الشريعة في إزالة الضرر (م 30 عدلية) ودفعه قدر الإمكان (م 31 عدلية) .

(3) قسم ابن رشد الجنايات التي لها حد إلى أربع جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء ، وعلى الفروج وعلى الأموال وعلى الأعراض . راجع تفصيل ذلك في بداية المجتهد جـ 2 ص 394 .

فهو سارق بالنسبة لما يستحقه فيها الورثة ، ولكن لا حد عليه للشبهة . والغش والإكراه في العقود المدنية حق خاص لمن وقع عليه الغش والإكراه .

وأما الفرق المذكور في التشريع الوضعي في اختصاص المحاكم ، وسقوط الحق بمضي المدة ومسئولية الورثة وضمان الأحكام الصادرة في الجنائي فإن بعضها من نظام القضاء ، وبعضها مذكور في موضعه فلا داعي للتكرار .

بند [115] الأعمال المشبهة للضرر المدني

القانون الفرنسي : وهو كل عمل غير قانوني مضر منسوب لفاعله حدث بدون نية الإضرار بالغير .

والفرق بينه وبين الضرر المدني أو (الجنحة المدنية) هو أن الضرر المدني يفرض فيه نية الإضرار بالغير ، وهنا يفرض فيه الإهمال وعدم الاحتياط غير الممكن السماح فيه .

والنتيجة القانونية هي وجوب إصلاح الضرر الناتج عن الفعل إصلاحًا كليًا ، ولا اختلاف في النتيجة بين الجنحة المدنية وما يشبهها في هذا [1] .

بند [116] الأعمال المشبهة للضرر المدني

التشريع الإسلامي : سبق الكلام على الضرر من حيث هو العمد والسهو والخطأ من حيث وجوب الضمان متى تحقق الضرر . والكلام في إضرار النفس كلًّا أو بعضًا . فالضمان منوط بالضرر . متى تحقق الضرر بشروطه تحقق الضمان فلا داعي لكثرة الكلام [2] في قاعدة مقررة ، وهي تعويض الضرر على من تسبب فيه [3] .

بند [117] المسئولية المدنية

القانون الفرنسي : المسئولية المدنية هي التزامات يفرضها القانون على بعض الأشخاص

---

(1) انظر : البنود من 1382 إلى 1386 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الرابع من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول 314 : 316 .

(2) راجع في ذلك : الشرح الصغير جـ 4 ص 144 وما بعدها ، مواهب الجليل للحطاب جـ 5 ص 96 ، وما بعدها التاج والإكليل جـ 5 ص 69 وما بعدها .

(3) قاعدة : تعويض الضرر على من تسبب فيه . وقد جاء النص في الفقه الإسلامي على قاعدة شبيهة مؤداها أن الظالم أولى بالحمل عليه .

لإصلاح الأضرار المسبَّبة عن أشخاص آخرين أو حيوان أو مبان أو أي شيء غير متحرك .

والفرق بين المسئولية المدنية ، و ما يشبه الضرر المدني أن ما يشبه الضرر المدني يجب على من لحق به الضرر أن يثبت مسئولية الفاعل ، و أما المسئولية المدنية فلا تحتاج إلى إثبات ؛ لأن القانون فرض المسئولية وحددها .

أحوال المسئولية المدنية : تكون المسئولية المدنية في ثلاثة أحوال كما يؤخذ من تعريفها :

أولًا : المسئولية المدنية من عمل شخص آخر ، والقاعدة أن كل شخص وُضع قانونًا تحت تابعيه أو رئاسة شخص آخر فالمتبوع أو الرئيس مسئول عنه . وهم :

1 – الأب والأم بالنسبة لأولادهم القصر .

2 – معلمو المدارس ومعلمو المهن بالنسبة للتلاميذ والصبيان .

3 – السيد ووصي الحاكم بالنسبة للخادم والموصى عليه .

والمفهوم أن مسئولية الأب والأم ومعلمي المدارس ، و المهن ناتجة عن عدم ملاحظة أو إهمال ولذلك يمكنهم إثبات عدم تقصيرهم في ذلك ولا عقاب مدنيًّا . وأما السيد والوصي فالمفهوم أن مسئوليتهما راجعة لعدم حسن الاختيار ، ولا يمكنهم الإفلات من هذه المسئولية [1] .

مسئولية الأب والأم :

أصل المسئولية تقع على الأب مادام الولد تحت إمرته و إدارته ، فإن انتقل الحق للأم لأي سبب ، كموت الأب أو حرمانه من هذه الحقوق أو في الطلاق أو في الفراق ، وسلم الأولاد للأم فهي مسئولة قانونًا دون الأب . ولا يسأل الوصي عن يتيمه ، ويشترط في مسئولية الأب والأم شرطان :

1 – يجب كون الولد قاصرًا ، وفك الوصاية لا يقطع هذه المسئولية إلا إذا بلغ رشده وإلا إذا تزوجت أو تزوج .

2 – يجب كون الولد ساكنًا مع أبيه وأمه ، ومع ذلك فهو في حكم من يسكن معهما إذا ترك متشردًا ، أو أدخل مدرسة خارجية فهما فقط المسئولان عنه . فإن

---

(1) انظر : البنود من 1382 إلى 1386 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الرابع ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول 314 : 316 .

أُدخل مدرسة داخلية أو في محل صناعة داخلي كذلك انتقلت المسئولية إلى المعلم .

ثانيًا : مسئولية المدرسين ومعلمي المهن : المدرسون في المدارس والمعلمون في الورش مسئولون عن الضرر الناتج من عمل التلاميذ والمتعلمين ما داموا تحت ملاحظة معلميهم .

ويستثنى من ذلك المدرسون العموميون في المدارس ؛ فإن الحكومة تحملت المسئولية بدلهم ، بمعنى أن القانون لا يفرض مسئوليتهم . لكن متى قام الدليل على أخطائهم فهم مسئولون ، يعني من ادعى مسئوليتهم فعليه الدليل .

وبما أن مسئولية الأب والأم والمدرس والمعلم مبنية على عدم ملاحظة من تحت مسئوليتهم ، فلو أقام هؤلاء الدليل على أنهم ما فرطوا في مراقبة الصغار فلا مسئولية عليهم .

الزوج ليس مسئولاً مدنيًا عن الضرر الناتج عن عمل زوجته .

ثالثًا : مسئولية السيد والمولى : السيد والمؤلَى مسئولان عن أخطاء خدمهم ، ومن تحت إمرتهم في مباشرة العمل المستخدمين فيه . ومسئولية هؤلاء ترتكز على عدم الاختيار الحسن ، فالقانون يفرض مسئولية السيد والمولى ، ولا يقبل منهم دليل الضد .

رابعًا : المسئولية المدنية لعمل الحيوان : مالك الحيوان ، ومن يستعمله – ما دام في استعماله – مسئول عن الضرر الذي يحدثه للغير ، سواء أكان الحيوان في حفظه أم شرد منه ، فليس المالك مسئولاً فقط بل المنتفع والمستعمل والمؤجر والمقترض .

مدى تطبيق هذه القاعدة : هذه القاعدة تطبق على الحيوانات المستأنسة والمتوحشة كحيوانات (السرك) وهو محل ترويض الوحوش لفرجة النظارة بأجر ، ونحل الخلايا . وتنقطع هذه المسئولية المدنية متى ثبت أن عمل الحيوان نتج عن قوة قاهرة ، أو من خطأ من وقع عليه الضرر .

خامسًا : المسئولية المدنية من عمل المساكن : مالك المنزل مسئول عما أحدثه منزله من الضرر للغير بسبب هدمه ، حيث نتج ذلك عن عدم عناية وتعهد بإصلاحه أو كان تصميم بنائه خطأ . والشرط الوحيد في المسئولية أن يثبت من لحقه الضرر أن هذا نتج عن عدم عناية أو خطأ في البناء .

سادسًا : مسئولية الجماد : نص القانون على أن الإنسان مسئول عن الضرر الناتج من الأشياء التي في حفظه .

بعد أن تكلم القانون على المسئولية من عمل الحيوان ومن المنزل رأى وضع قاعدة عامة لغير ذلك فوضع القاعدة السابقة ، وهي : كل ضرر نتج عن شيء لا حياة فيه فمن تحت يده هذا الشيء يعتبر مسئولاً عنه . ففرض القانون مسئولية لا يُفْلَت منها إلا أن أثبت أن الضرر حصل بعوامل قهرية أو عوامل خارجة عن إرادته فلا يكفي إثبات أنه لم يرتكب خطأ ولم يهمل .

ومع ذلك فقد استثنى الشيء المدار بيد الرجل كالأتوموبيل ، فلا يفرض القانون المسئولية بل لابد من إثبات خطأ سائقه ممن لحقه الضرر لينال تعويض ضرره .

شرح نظرية الخطأ المضاعف أو الخطئين :

بعد رأي المتشرعين الحديثين يلزم التفرقة بين خطئين : الخطأ الجنائي والخطأ التعاقدي .

فالخطأ الجنائي هو الناتج عن ضرر متسبب بدون حق بين الأشخاص الذين لا علاقة قانونية بينهم ، ولا تعاقد بأي التزام .

والخطأ التعاقدي هو أن مدينًا لم ينفذ ما تعاقد عليه مع دائنه بإخلاص وشرف . فالخطأ الجنائي كسائق سيارة مهمل صدم راكب دراجة فأوقعه ، وكسر دراجته فهناك خطأ جنائي ، والخطأ المدني كإعارة دراجة لشخص بعض الوقت فلم يحسن قيادتها فصدمها في حائط فكسرها فقد أخطأ التزامه المحافظة على العارية ، وهي الدراجة وإرجاعها سليمة ، فهناك خطأ تعاقدي .

بند [118] المسئولية المدنية

التشريع الإسلامي : المسئولية المدنية هي ما يفرض على شخص (ذكر أو أنثى) من إصلاح ضرر فعله الشخص أو تسبب عن حيوان أو جماد تحت يد مالكه أو المنتفع به .

فيجب على من لحق به الضرر أن يثبت مسئولية الفاعل بإثبات التلف أو الخسارة ، ويثبت أن الفاعل لها المملوك لزيد من الناس ، ويثبت تقصير زيد في الحفظ أو الاحتفاظ أو التعهد إلخ .

والكلام في المسئولية المدنية في التشريع الإسلامي يرجع إلى أصول مقررة فيه .

الأصل الأول : إن كان كل شخص يعمل عملاً يضر بالغير فهو مسئول عنه ،

والمسئولية تكون مالية إذا كان الضرر ماليًا [1] أو مقدرًا بالمال [2] ، وتكون جنائية إذا

(1) لم يتوسع الفقهاء المسلمون في الأضرار الموجبة للتعويض ، وبخاصة علماء المذهب الحنفي الذين أوجبوا الضمان في الأضرار المتعلقة بأعيان الأموال والأبدان (الأروش المقدرة وغير المقدرة) ، واستبعد علماء هذا المذهب المنافع من الأموال ، ولم يعتبروا العدوان عليها موجبًا للضمان . لكن متأخري هذا المذهب أوجبوا ضمان المنافع في حالات خاصة ، وذلك عندما يكون التعدي على منفعة بدن يتيم أو ماله أو منفعة ما أعد للاستغلال والاستثمار أو منفعة وقف . لكن المالكية أوجبوا الضمان في المنافع بتفويتها والإفادة منها دون فواتها ، وهلاكها دون استفادة منها . وطور الشافعية ذلك فأوجبوا ضمان منافع الأموال مطلقا ، لكنهم ترددوا في الحكم بضمان منافع الإنسان ، وهو التردد الذي نجده في الفقه الحنبلي كذلك . أما القوانين العربية الحديثة فقد أوجبت المسئولية عن الأضرار مطلقا ، سواء تعلقت بالأعيان أو بالمنافع أو بالبدن الإنساني ، وشملت الأضرار الأدبية وما يلحق المضرور من خسارة وما يفوته من كسب . وهو أقرب إلى عموم نفي الضرر الوارد في النصوص الشرعية . وهو ما نجده في المادة 70 من القانون المدني المصري ونصها : « يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقًا لأحكام المادتين 221 ، 222 مراعيا في ذلك الظروف الملابسة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينًا نهائيًا . فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير » .
وجاء في الفقرة الأولي من المادة 221 من هذا التقنين أن « التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول » .
أما المادة 222 من هذا التقنين فتتناول التعويض عن الضرر الأدبي وهو ما تناولته المادة 207 من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :
1 - تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع .
2 - ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان . ويجوز أن يشتمل الضمان علي الأجر .
وكذلك المادة 208 من هذا التقنين التي تنص علي أنه : « إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد مقدار التعويض تحديدا كافيا فلها أن تحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير » .
وتقابل المادة 266 من التقنين الأردني التي تطابق الفقرة الأولي من المادة 207 من التقنين العراقي . وكذلك المادة 268 من هذا التقنين التي تطابق المادة 208 من التقنين العراقي . وتقابل المادة 230 من مشروع التقنين الكويتي ، التي تنص علي ما يأتي :
1 - يتحدد الضرر الذي يلتزم المسئول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخسارة التي وقعت والكسب الذي فات ، طالما كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع .
2 - وتعتبر الخسارة الواقعة أو الكسب الفائت نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، إذا لم يكن في المقدور تفاديها ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادي .
وكذلك المادة 247 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة . وقد يعد هذا كله تطبيقًا للقاعدة الشرعية التي يقول بها الفقه الإسلامي والتي تقضى بأن الضرر يزال (م 20 من المجلة) ، وأن الضرر يدفع بقر الإمكان (م 31 من المجلة) . (انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 61 ، 62) .
(2) تطبيقًا لقاعدة : من أتلف شيئًا فعليه إصلاحه أو رد قيمته .

كان الضرر لشخص الإنسان أو لجزء منه على ما بُيِّنَ في الجنايات ، والصغير والمجنون غير مسئولين جنائيًا في الحدود ، ولكنهما مسئولان جنائيًا في التعويضات المالية [1] .

الأصل الثاني : سبب الضمان إما قولي كضمنت متى كان القائل من أهل الالتزام .

وإما فعلي كإتلافه أموال الناس بغير حق . وإما تسبُّبي كمن أغرى غيره على إتلاف مال الغير .

الأصل الثالث : تضمين الصغير والسفيه والمجنون في مالهم من قبيل خطاب الوضع لا من قبيل خطاب التكليف . والمقرر شرعًا أن العمد والخطأ في أموال الناس سواء في المسئولية المدنية ، فيضمن الأعمى والنائم ما أفسداه وهما على هذه الحالة .

الأصل الرابع : المسئولية المدنية تكون على من يصح أن يملك ؛ فالحر البالغ العاقل يملك ملكًا مطلقًا بلا قيد أو شرط ، والصبي يملك بواسطة وليه أو وصيه ، والمجنون والسفيه المحجور عليهما يملكان أيضًا بواسطة وليهما .

والرق (العبد) لا يملك لنفسه ، وإنما هو وما ملكت يداه ملك لسيده ؛ فهو أهل للتملك ، ولكن لا لنفسه فليس كالدواب والبيوت التي لا تملك ولا تملَّك .

فمسئولية العبد المالية في رقبته ، ومسئولية الحيوان والجماد المالية على مالكهما ، ولا يخلو حال الشخص المعتدي على ضوء هذه الأسس مما يأتي :

أولًا : الشخص المعتدي عاقل بالغ حر : وهذا القسم كامل المسئولية المالية (المسئولية المدنية) ، وكامل المسئولية الجنائية ، فلو أتلف شخص عاقل بالغ حر مال شخص آخر ، وجب عليه إصلاح ما أفسده من ماله ، فإن لم يكن له مال فهو في ذمته إلى أن يصبح غنيًا موسرًا فيؤدي ما وجب عليه ، عملًا بالنص ﴿ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [2] .

ثانيًا : الشخص المعتدي عاقل بالغ رقيق (مملوك لسيده) ومسئوليته المدنية في رقبته ، إما أن يدفع عنه سيده ما لزمه بسبب تعديه على أموال الناس ، وإما أن يبيعه الحاكم عند امتناع سيده عن افتدائه ، ويسدد ما أتلفه من أموال الناس إليهم؛ لأن العبد يستطيع أن يملك ، ولكن ملكه لسيده للحديث الشريف الذي معناه « العبد وما ملكت يمينه لسيده » ، فليس للعبد أن يتصرف فيما يملك إلا بإذن سيده .

---

(1) ليس الصغير من أهل العقوبات في الفقه الإسلامي ولكنه أهل للتأديب والضمانات .

(2) سورة البقرة آية رقم 280 .

ثالثًا : الشخص المعتدي حر عاقل غير مكلف ، ويشمل الصغير المميز . ومسئوليته المدنية في ماله إن كان له مال ، وإلا اتُّبع بها في ذمته لليسار ؛ لأن التشريع السماوي والوضعي قد اتفقا على جواز أن يملك الصغير ، ولو كان حملًا في بطن أمه ، ويباشر عقود التمليك وليه أو وصيه ، وما دام يصح له أن يملك فقد وجب عليه من قبيل خطاب الوضع تعويض ما أتلفه من أموال الناس .

و المنصوص عليه أنه لا خلاف في المذهب على أن جناية الصغير و المجنون على الأموال لازمة لماله وذمته [1] .

رابعًا : الشخص المعتدي حر غير عاقل ، ويشمل المجنون و الصغير غير المميز ،

---

(1) تناولت المادة 170 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية حكم تضمين غير المميز ، وبينت وجوب تحميله الضمان في ماله إن كان له مال ، وإلا جاز للقاضي أن يلزم من هو مسئول عنه بمبلغ التعويض . وهو ما توجبه المادة 164 مدني مصري بتغيير يسير . وقد تناولت الموضوع ذاته المادة 191 مدني عراقي ، ونصها :

1 - إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله .

2 - وإذا تعذر الحصول علي التعويض من أموال من وقع منه الضرر إن كان صبيًّا غير مميز أو مجنونًا ، جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض ، على أن يكون له الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر .

3 - عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعي في ذلك مركز الخصوم .

وقد أجملت المادة 216 من القانون المدني العراقي القواعد المنصوص عليها في الفقه الإسلامي لإيجاب الضمان ، وهي :

1 - لا ضرر ولا ضرار . والضرر لا يزال بمثله وليس للمظلوم أن يظلم بما ظلم .

2 - فلو أتلف أحد مال غيره في مقابل اتلاف هذا لماله كان كل منهما ضامنًا للآخر ما اتلف . ولو انخدع شخص فأخذ دراهم زائفة من شخص آخر فليس له أن يصرفها إلي غيره .

ويقابل ذلك في القانون المدني الأردني المواد التالية :

م 256 : « كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر » .

م 275 : « من أتلف مال غيره أو أفسده ضمن مثله إن كان مثليًا وقيمته إن كان قيميًا وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمين » .

م 278 : « إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله » .

وتقابلها في التقنين الكويتي المادة 227 التي تنص علي ما يأتي :

« يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 54) .

ومسئوليته المدنية في ماله إن كان له مال ويتبع بها في ذمته .

والمنصوص عليه أن الصغير يضمن ما أفسد في ماله ، و يتبع في ذمته بثمنه إن لم يأتمنه أحد على ما أفسده ، فإن ائتمنه أحد على ما أفسده فلا مسئولية عليه إلا فيما حفظ به ماله فيضمن الأقل .

وقد قال البعض أيضًا : إن الطفل ابن شهر لا ضمان عليه .

ولكن متى فهمنا أن تضمين عديم الأهلية مبني على خطاب الوضع تعين عدم استثناء أحد من ضمان تلف أموال الناس .

خامسًا : الشخص المعتدي محجور عليه لسفه أو تبذير ، ومسئوليته المالية في ماله إن كان له مال ، ويتبع بها في ذمته فهو يملك ، و لكن ليس أهلًا للتعاقد فيتعاقد باسمه وليه .

سادسًا : الشخص المعتدي لم يفعل بنفسه بل أغراه غيره ، و الضمان في هذه الحالة على الفاعل و المغري بالتضامن إن كانا متساويين في التكليف ، وإلا فعلى المغري إن كان الفاعل عديم الأهلية .

والمنصوص عليه أن من أغرى ظالمًا على تلف شيء أو أخذه من ربه فإنه يضمن ، وإن قصد بذلك دفع الضرر عن نفسه ؛ لأنه لا يجوز له نفع نفسه بضرر غيره (1) ، وكذا من حرض أو أغرى أي شخص كان فهو مسئول عن تحريضه وإغرائه ، ويقع

---

(1) يتناول الفقه الإسلامي أحكام إغراء الظالم على إتلاف شيء أو أخذه تحت عنوان السعاية أو الوشاية وهو ما قد فصلنا أحكامه في ضمان العدوان المرجع المشار إليه سابقًا وقد تناولت المادة 168 مدني مصري الإضرار بالغير لدفع الأذى عن النفس ، وأوجبت الضمان في ذلك ونصها :

« من سبب ضررًا للغير ليتفادى ضررًا أكبر محدقًا به أو بغيره لا يكون ملزمًا إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبًا » .

وهي تقابل الفقرة الثانية من المادة 213 من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « فمن سبب ضررًا للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق يزيد كثيرًا عن الضرر الذي سببه لا يكون ملزمًا إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسبًا » .

كما تقابل المادة 236 من التقنين الكويتي .

ويستند هذا إلى المبادئ الشرعية التي عبرت عنها المواد 27 – 28 – 29 – 33 من المجلة العدلية .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 56) .

التحريض و الإغراء حتى على الحيوان الأعجمي الذي لم يخاطب ، ولم يكلف لا وضعًا ولا تكليفًا ، كمن حرض كلبًا فعقر شخصًا أو حرضه على قتل حيوان آخر مملوك للغير فهو ضامن . وعلى هذا الإيضاح نرجع للمقارنة .

أولًا : مسئولية الأب والأم :

مسئولية الأب والأم أو الوصي أو الولي على القاصر تختلف باختلاف أحوال الإتلاف ، وذلك :

أ - القاصر يعمل في التجارة بإذن وليه يتلقى المشترين فيبيعهم ويشتري بعض السلع و حكم ما أتلفه في هذا العمل المنصَّب فيه ، وما يلزمه أنه يضمنه وليه الذي نصبه ؛ لأنه قد أطلق له التصرف فهو ضامن لما يتلفه . والظاهر أنه لاشيء على القاصر مطلقًا سواء رماه في البحر أو نفع به غيره أو انتفع به هو ، وكذلك الحكم في صبيان الصنعة كصبي الخياط أو الميكانيكي فضمان ما أتلفوه على من أمنهم على أملاك الناس المسلَّمَةِ لهم أمانة .

ب - القاصر لا يعمل في التجارة ، ولا يخلو حاله .

1 - كان أمينًا على ما في يده من أموال الغير ، ولم يصن (يحفظ) به ماله فإنه لا ضمان عليه فالنص يقول : (الصبي والسفيه إذا أخذا وديعة أو قراضًا أو اشتريا سلعة ، فأتلفا ذلك كلًّا أو بعضًا فإنه لا ضمان على أحدهما فيما أتلف؛ لأن صاحبه هو الذي سلطه عليه) ، و هذا حكم لا خلاف فيه فيما أعلم ، و قد قيل أيضًا : فلو أُمِّن وصرفه فيما له غنى عنه فلا يكون ضامنًا .

2 - كان أمينًا وحفظ ماله بإتلاف مال الغير ، وحكمه أنه يضمن الأقل من المالين : فإذا كان المال الذي أتلفه يساوي عشرين والمال الذي حفظه يساوي عشرة فإنه يضمن عشرة .

وضمانه في هذه الحالة يكون في المال الذي صوَّنه (حفظه) به خاصة ، ويشترط أن يبقى المال الذي صوَّنه لوقت الضمان ، فإن هلك أو تلف أو ضاع ماله الذي صوَّنه به فلا تتبع ذمته .

3 - لم يكن أمينًا على ما أتلفه بأن بدد مال الغير أو أتلفه أو أفسده ، ولم

يحرضه أحد . وحكم ذلك فيه خلاف .

القول الأول : ضمن الصبي مميزًا أم لا ما أفسده من مال الغير في ماله لا في ذمته ، فيضمن إن كان له مال حاضر . فإن لم يكن له مال فلا شيء عليه (طرحه في البحر أو صون به ماله أو لا) ، وهذا القول منسوب للعلامة علي الأجهوري [1] ولغيره في مذهب الإمام مالك .

القول الثاني : ضمن الصبي ما أفسده من مال الغير مطلقًا ، طرحه في البحر أو صون به ماله أوْ لا ، كان للصبي مال وقت الإفساد أوْ لا ، بقي معه لوقت التضمين أوْ لا ، فتتبع ذمته إن لم يكن له مال وإن صرف الصبي مال الغير فيما لابد له منه أو في شهواته أو نفع به الغير فإنه ضامن لما أتلف على هذا النحو .

فالأب والأم ليسا مسئولين عن الأضرار المدنية التي تنشأ عن أعمال الصغير إلا في حالة واحدة ، وهي [2] أن الصغير كان تحت تأثير والديه فيما فعل ، أو أن الولد أتلف مال الغير تحت سمع وبصر أحد والديه ، ولم يمنعه وهو قادر على ذلك .

أما أن الأب والأم مسئولان مدنيًا عن ولدهما في حالة عدم ملاحظته أو إهماله فلا يقول به التشريع الإسلامي ؛ لأن الصغير كامل المسئولية في أموال الناس عن طريق خطاب الوضع كما سبق بيانه .

ثانيًا : مسئولية المدرسين ومعلمي المهن : الصغير الجاني كامل المسئولية المدنية في إتلاف أموال الناس على النحو السابق ، وتضمين المدرسين ومعلمي المهن لما يعمله التلاميذ أو متعلمو المهن خروجٌ عن حدود الضمان القانوني ، وإهدار لشخصية كاملة المسئولية المدنية . فإن كان إتلاف الصغير (التلميذ أو متعلم المهنة) أمام مدرسه أو معلمه ، ولم يمنعه وهو قادر على منعه فهو مسئول عن ذلك . وإن كان المدرس أو المعلم هو الذي أمَّنه على أموال الناس فأتلفها فهما ضامنان . وقد نص على ما يأتي : (وكذا المعلم إذا أمر ولدًا صغيرًا بقتل شخص فقتله ، فإن المعلم يقتل وحده به ، وعلى عاقلة الصغير نصف الدية ، ولو كان المأمور كبيرًا لقتل وحده ،

---

(1) الأجهوري : هو أبو زيد عبد الرحمن بن علي الأجهوري أثنى عليه الشيخ الشعراني في طبقاته . أخذ عن الشهاب والفيش والشمس وغيرهم توفي سنة 957 .
انظر : شجرة النور الزكية ص 280 رقم 1051 .

(2) في الأصل : [هو] .

ويعاقب المعلم . ولو كثرت الصبيان فالدية على عواقلهم . فإن لم يخف المأمور من الآمر وقتل فإنه يقتص منه فقط ما لم يكن الآمر حاضرًا ، فيقتل أيضًا : القاتل لمباشرته ، والحاضر لقدرته على خلاص المقتول ولم يفعل) .

وعلى هذا فلا مسئولية مدنية بطريق الضمان على المدرس والمعلم إلا إذا كان آمرًا أو أتلف أمامه ، وسكت مع قدرته على المنع أو أمَّن المتلف على ما أتلف (1) .

ثالثًا : مسئولية السيد والمولى : ليس في التشريع الإسلامي تضمين بهذا المعنى ؛

---

(1) على الرغم من أن القاعدة في الفقه الإسلامي أن المسئولية شخصية وأنه لا يسأل أحدٌ عما اقترف غيره فإن الفقه الإسلامي قد أخذ بمسئولية المتبوع عن تابعه في صور كثيرة ، من أهمها ضمان الأستاذ ما يتلفه تلميذ الصنعة في العمل الذي يقوم به تحت إشرافه ، وكذا مسئولية الآمر عن فعل المأمور إذا كان تحت سلطة الآمر . ومنها كذلك مسئولية الأم عن الصغير لو قصرت في حفظه . انظر ضمان العدوان (مرجع سابق) في ذلك . وهو ما قد تناولته المادة 173 من القانون المدني المصري ونصها :

1 - كل من يجب عليه قانونًا أو اتفاقًا رقابة شخص في حاجة إلي الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزمًا بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

2 - ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان في كنف القائم علي تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ، ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولي الرقابة علي الزوج .

3 - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسئولية إذا ثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعًا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 238 من التقنين الكويتي ومع ما جاء في المادة 288 من التقنين الأردني .

ومع ما جاء في المادة 218 من التقنين العراقي التي تنص علي ما يأتي :

1 - يكون الأب ثم الجد ملزمًا بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير .

2 - ويستطيع الأب أو الجد أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أن الضرر كان لابد واقعًا حتى لو قام بهذا الواجب .

وحكم هذه المواد إذ يلزم المكلف بالرقابة بتعويض الضرر الناجم عن فعل الخاضع لرقابته ، وإذ يقيم قرينة تخفف عبء الإثبات عن المضرور في هذا الصدد ، إنما يهدف إلي حماية المضرور وتيسير حصوله علي التعويض . ويبقى أمام المكلف بالرقابة أن يرجع بما أداه من تعويض على الخاضع للرقابة إذا لم يهمل في أداء واجبه . وهو ما يتفق مع القاعدة الشرعية التي تقضى بأن الضرر يزال (م 20 من المجلة) ، وأن الضرر يدفع بقدر الإمكان (م 31 من المجلة) .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 57 ، 58) .

لأن الخادم إن كان كبيرًا فهو مسئول شخصيًّا في ماله ، إن كان له مال وفي ذمته إن كان معدمًا (فقيرًا) حالا .

وفي مسئولية السيد والمولى خروج عن القواعد المقررة في الضمان ، وفي أن المسئولية شخصية طبقًا للقواعد المقررة المذكورة أول البحث .

ومن ادعى مسئوليتهم فعليه إقامة الدليل ، فالأصل عدم مسئوليتهم حتى يثبت خلافه بالدليل كأن كانوا محرضين أو آمرين بالإتلاف .

ويؤخذ من جواز إقامة دليل الضد من الأب والأم ومن المدرسين والمعلمين في التشريع الوضعي أن هذه مسئولية مشكوك فيها ، وهو ما قرره التشريع الإسلامي فهم غير مسئولين أصالة إلا إذا ثبت تحريضهم ، أو حصل التلف بحضورهم وسكتوا وكان يمكنهم منعه أو كانوا مؤمِّنين المتلف .

رابعًا : المسئولية المدنية لعمل الحيوان : ما أتلفته البهائم مأكولة اللحم أم لا من الزرع والحوائط ، وهي غير معروفة بالعداء ، ولم تربط ولم يقفل عليها بما يمنعها ليلًا فعلى ربها وإن زاد على قيمتها .

وان كانت غير عادِيَة فلا يضمن ربها ما أتلفته نهارًا بشرطين :

1 – إن لم يكن معها راع ، أو كان وعجز عن دفعها .

2 – إن سرحت بعيدة عن المزارع بحيث يغلب على الظن أنها لا تذهب للزرع .

فإن كان معها راع أو سرحها ربها قرب المزارع فعلى الراعي في الأول إن كان له قدرة على منعها كانت قرب المزارع أم لا وعلى ربها في الثاني .

فإن كانت عادية فعلى ربها ليلًا ونهارًا إلا مع راع قادر على منعها فعليه ، فإن ربطت ربطًا محكمًا أو قفل عليها كذلك فانفلتت فليس على ربها ضمان مطلقًا ، كما لو سرحت بعيدًا عن المزارع بلا راع [1] .

---

(1) يقول الدردير : وما أتلفته البهائم من الزرع والحوائط مأكولة اللحم أم لا ، وهي غير معلومة العِدَاء ولم يحفظها ربها بربط أو غلق باب ليلًا فعلى ربها ضمانه ، فإن عرفت بالعداء فعلى ربها ولو نهارًا حيث لم يحفظها ... ، وإن زاد ما أتلفته من زرع على قيمتها فليس لربها أن يسلمها فيما أتلفته ، لأنها ليست كالعبد الجاني . الشرح الصغير جـ 4 ص 149 .

كل هذا إذا أمكن التحرز في البهيمة فإن كانت مما لا يمكن التحرز منها كحمام ونحل ودجاج [1] يطير فهل يمنع الناس من اتخاذها دفعًا للضرر ؛ لأنه لا قدرة على منعها ، أو على الناس حفظ مزارعهم ؟ خلاف بين المتشرعين ، والأولى منع اتخاذها ارتكابًا لأخف الضررين .

ولو أتلفت الدواب آدميًا أو عضوًا منه أو أتلفت مالًا كدمته بفمها أو رمته برجلها :

1 - فإن كانت عادية ضمن ما أتلفته ليلًا أو نهارًا حيث فرط في حفظها .

2 - وإن كانت غير عادية فلا يضمن ما أتلفته بقرنها أو برجلها ليلًا أو نهارًا ، ولو لم يربطها أو يغلق عليها بابا .

وهذا إذا لم يكن من فعل أحد معها وإلا ضمن [2] .

ومن قاد إبلًا فهو ضامن لما وطئ البعير أول القطار (القافلة) أو في آخره ، وإن ضربت رجلا برجلها أو بيدها لم يضمن القائد إلا أن يكون ذلك من شيء فعله بها ، والسائق والقائد والراكب ضامنون لما وطئت الدابة متى جاء العطب من فعل واحد منهم [3] .

فإن أتلفت بحجر أطارته حال سيرها ، فيضمن القائد أو السائق أو الراكب ولو أنذر لعدم لزوم التنحي عن الطريق المباح [4] .

ولو اجتمع الثلاثة قدم السائق في الضمان . وإن اجتمع السائق أو القائد مع الراكب قدم الأولان ، حيث لم يحصل من الراكب فعل كنخس ، وإلا فالضمان منه إذا لم يعيناه وإلا شاركاه في الضمان [5] .

فإن كانت الحيوانات تحت يد مستودَع أو مستأجِر أو منتفع وأتلفت نفسًا أو مالًا فالضمان على من كانت تحت يده حتى ولو كان راعيًا ؛ لأن واجب الحفظ

---

(1) مثل الحمام ، والنحل ، لا ضمان على ربه . الشرح الصغير (149/4) .

(2) النص كاملًا في (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير) (357/4) .

(3) جاء في حاشية الدسوقي : السائق ، والقائد ، والراكب ضامنون لما وطئت الدابة ، كل واحد منهم ضامن . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (358/4) .

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (358/4) .

(5) المرجع السابق ، ونفس الصفحة ، ومثله في الشرح الصغير (150/4) .

يتعين على كل واحد من هؤلاء . فإن كان الإتلاف نتج عن قوة قاهرة أو عن تسبب المجني عليه في النفس والمال فلا ضمان على من كانت تحت يده [1] .

خامسًا : المسئولية المدنية في عمل المساكن : صاحب المنزل مسئول عن الضرر الذي يحدث في النفس أو المال منه ، فلو سقط جدار على شيء فأتلفه فيضمن صاحب المال ، والدية في ماله بشروط ثلاثة :

1 – أن يميل الجدار بعد استقامته .

2 – إنذار صاحبه (أصلح جدارك) ، وإشهاد عليه عند حاكم أو جماعة المسلمين .

3 – أن يمكن تداركه بأن اتسع الوقت للإصلاح ، ولم يصلح . فإن سقط قبل زمن يمكن فيه التدارك لم يضمن .

فلو بناه مائلًا ابتداء أو على غير أساس فسقط على شيء أتلفه ضمن بلا تفصيل .

وقيل : لا يضمن بهذه الشروط إلا إذا قضى عليه الحاكم بالهدم ولم يفعل . وقيل يضمن إن بلغ حدًّا كان يجب عليه هدمه لشدة ميلانه فتركه فهو ضامن ، وإن لم يكن إشهاد ولا حكم [2] ولا ضمان على المرتهن

---

(1) إن كان مع الحيوانات راع ، فعلى الراعي الضمان للزرع . الشرح الصغير (149/4) .

(2) تناولت المادة 176 و 177 فقرة أولى و 178 من القانون المدني المصري مسئولية حارس الحيوان وحارس البناء والأشياء .

فالمادة 176 من هذا التقنين تنص على أن : « حارس الحيوان ولو لم يكن مالكًا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب ، مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » .

والمادة 1/177 من هذا التقنين تنص على أن : « حارس البناء ، ولو لم يكن مالكًا له مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهدامًا جزئيًا ، مالم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلي إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه » .

والمادة 178 من هذا التقنين تنص على أن : « كل من تولي حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة ، أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولًا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه . هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة » .

وقد رؤي تعميم مبدأ المسئولية الناشئة عن الأشياء بحيث تشمل المسئولية عن فعل الحيوان ، وعما ينشأ من ضرر بفعل البناء أيا كان سبب الضرر انهدامًا أو غيره ، وكذلك المسئولية عن سائر الأشياء سواء أكانت آلات ميكانيكية أم أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أم غير ذلك ، وتوحيد الحكم في جميع هذه الحالات ؛ إذ لا =

والمستعير والمستأجر ؛ إذ ليس لهم هدم .

والمراد بإنذار صاحبه مالكه المكلف أو وكيله الخاص أو العام ، (والوكيل هو الحاكم) إذا كان رب الجدار غائبًا ، ولم يكن له وكيل خاص . ومن الوكيل الخاص ناظر الوقف ووصي الصغير والمجنون . فإذا سقط الجدار مع وجود الشروط الثلاثة ضمن وصي غير المكلف في ماله ، ولو كان لغير المكلف مال .

ولو سقط ميزاب الماء أو المظلة أو البراندة على شيء فأتلفه من نفس أو مال فلا ضمان على ربها [1] . وقيل حكمها حكم الحائط فيها الضمان بشروطها الثلاثة .

فإن سقط بئر أو سرب على حافره فلا ضمان على صاحب البئر أو السرب ، ولا على من استأجره للحفر .

والقاعدة العامة في هذا أن الإنسان يضمن الخسارة [2] التي ترتبت على فعله ، وعلى تركه و عدم احتياطه سواء أكان الفعل الذي ترتبت عليه الخسارة عمدًا أم خطأ ؛ لأن العمد و الخطأ في أموال الناس سواء ، فيضمن المودع الوديعة بسقوط شيء من يده عليها ولو خطأ [3] ، كمن أذن له في تقليب شيء فسقط من يده فكسر

= مبرر للمغايرة في مسئولية حارس الأشياء المختلفة ولا لقَصْر مسئولية حارس البناء على حالة دون أخرى .

ويقابل ذلك 1/2443 و 2 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 – كل من يتولى حراسة شئ مما يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه يلتزم بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشيء ، مالم يثبت أن هذا الضرر قد وقع بسبب أجنبي من قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير .

2 – وتعتبر من الأشياء التي تتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منها : السيارات والطائرات وغيرها من المركبات الأخرى والآلات الميكانيكية والسفن ، والأسلحة والأسلاك والمعدات الكهربائية ، والحيوانات ، والمباني ، وكل شئ آخر يكون ، بحسب طبيعته أو بحسب وضعه ، مما يعرض للخطر .

وتقابله المواد 221 – 226 و 1/229 و 231 من التقنين العراقي ، والمواد 289 و 1/290 و 291 من التقنين الأردني .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 59 ، 60) .

(1) جاء في الخرشي على مختصر خليل : – « من اتخذ ميزابًا للمطر ، فسقط على شيء فأتلفه من نفس أو مال فإنه لا ضمان عليه ، بل هو هدر » .

الخرشي على مختصر خليل (111/8 وما بعدها) .

(2) قاعدة : كل إنسان يضمن الخسارة التي ترتبت على فعله سواء كانت الخسارة عمدًا أم خطأ .

(3) الوديعة أمانة الأصل فيها عدم الضمان إذا تلفت إلا أن يحصل تفريط فتضمن ، فإذا سقط عليها شيء من يد المودَع (بفتح الدال) .فأتلفها ، أو سقط شيء بسببه ، فإنه يضمنها ؛ لأن ذلك جناية خطأ ، وهي والعمد في أموال الناس سواء . الخرشي على مختصر خليل (109/6) .

غيره فلا يضمن الساقط؛ لأنه مأذون له و يضمن الأسفل بجنايته عليه خطأ .

ومن ذلك الأعمى يمر على شيء فيعثر فيتلف شيئًا فينبغي الضمان ؛ لأنه من خطاب الوضع . والنائم يضمن ما أتلفه حال نومه من الأموال في ماله . ويحلف المستعير فيما علم أنه بلا سببه كسوس من خشب و قرض فأر و حرق نار أنه ما فرط ، كان مما يغاب عليه أم لا متى اتهم . فإن نكل غرم ، و لا ترد اليمين على المدعي لأنها يمين تهمة ، وكذا الوديعة و الرهن [1] .

وعلم من هذا وجوب تعهد العارية والوديعة والرهن ونحوها ممن هي في أمانته ، إذا كان يخاف عليها العيب بترك التعهد . وحيث ضمن فيضمن ما بين قيمته سليمًا وقيمته بما حدث فيه . فإن مات ضمن جميع قيمته ؛ فالفعل الناشئ عنه التلف ، أوجب الضمان مطلقًا عمدًا أو خطأ وكذا ترك التعهد [2] .

ولا يفرض التشريع الإسلامي الضرر مطلقًا من حيوان أو جماد تحت يد الإنسان بل لابد من حصول ضرر بالفعل نشأ عن الحيوان أو الجماد ، وأن مالكه هو المسئول عنه شرعًا يعني ليس هناك قوه قاهرة .

ولو استوفيت الشروط المطلوبة للضمان ، ولم يكن من لحقه الضرر سببًا في ضرر نفسه ، كمن فتح على نحل فضره ضررًا بليغًا بتلف عينيه أو دخل دارًا بدون إذن صاحبها ، و فيها كلب عقور للحراسة بدون نداء قبل الدخول ، و هو يعلم أمر هذا الكلب فعضه فأتلف منه عضوًا ، وكمن أتى لجمل عقور فحاربه حتى عضه ، وكمن حل فرسًا من مربطها بدون إذن صاحبها فرفسته فكسرت رجله ، وكمن مر على شريط السكة الحديد في مكان ممنوع مرور الناس فيه إلا بإذن أو كان ليلًا ، ولم يره السائق أو رآه وتعذر عليه إيقاف القاطرة لشدة اندفاعها إلخ فكل هذا لا ضمان فيه ؛ لأن من لحقه الضرر هو المتعدي .

(1) القول للمستعير في التلف أو الضياع فيما لا يغاب عليه ، فيصدق ، ولا ضمان عليه إلا لقرينة تكذبه ، وحلف ما فرط إن ادُّعِي أنه إنما حصل التلف ، أو الضياع ، أو العيب الذي قام به بتفريطه سواء كان مما يغاب عليه أم لا كسوس ، وقرض أرضة ، أو فأر ، أو بلل ، أو دهن ، أو حبر ، أو نحو ذلك . انتهى ملخصًا من الشرح الصغير (232/3) .

(2) يقول الدردير : تضمن الوديعة بسقوط شيء عليها من يد المودع ولو خطأ ؛ لأن الخطأ كالعمد في الأموال . الشرح الصغير جـ 3 ص 222 .

أما نظرية الخطأ المضاعف فهي موجودة شرعًا ؛ لأنها مركبة من خطئين سواء أكان جنائيًا أم مدنيًا أو يشبههما أو تعاقديًا ، ولكل حكمه المقرر شرعًا سابقًا [1] .

(1) فمثلًا : لا يجوز عند المالكية أن يجعل في جدارِ سورهِ قُضُبًا محدَّدة أو عيدانًا لتدخل في رجل من يريد الدخول إلى حائطه . تبصرة الحكام لابن فرحون جـ 2 ص 346 .

(خلاصة ما تقدم من المقارنة في حل التعاقد من بند 98 إلى نهاية بند 117)

يتفق التشريعان في الآتي :

حل التعاقد ، الشرط الوفائي الضمني ، شرط جواز حل العقد ، الشخص الثالث في فسخ العقد ، الحل الاتفاقي ، إبطال العقد ، العمل المترتب عليه تعويض ، أداء ما ليس بواجب ، الثراء بلا سبب ، الأعمال الموجبة للتعويض ، الضرر المدني ، تجاوز استعمال الحق ، الفرق بين الضرر المدني والضرر الجنائي ، المسئولية المدنية ، مسئولية معلمي المهن ، المسئولية لعمل الحيوان ، المسئولية في عمل المساكن ، مسئولية الجماد .

ويختلفان فيما يأتي :

الالتزامات غير الاتفاقية - إدارة الأعمال - نتائج إدارة الأعمال - مسئولية الأب والأم - مسئولية المدرسين - مسئولية السيد والمولى .

الكتاب الثالث

بند [119] الالتزامات في حد ذاتها

القانون الفرنسي :

تمهيد : الالتزامات هي ضرورات قانونية تجبر شخصًا يسمى مدينًا على عمل شيء أو تركه أو إعطاء أي شيء محدود لشخص آخر يسمى دائنًا . والالتزامات تحسب في رأس مال المدين (عليه) ، وتحسب في رأس مال الدائن (له) .

والالتزامات ثلاثة أنواع : التزامات مدنية ، وطبيعية ، وأدبية فالمدنية هي ما يمكن للدائن إكراه مدينه قانونًا بالتنفيذ لما تعهد به .

والطبيعية هي التي لا يمكن للدائن إكراه مدينه على التنفيذ قانونًا ، لكن المدين ينفذ بنفسه بدافع حقيقي كدين اللعب ، أو دين سقط حق المطالبة به .

والأدبية هي مجرد واجب ضمير يبعث صاحبه على أداء ما يراه صالحاً ، ولا جبر عليه إلا لضميره كالصدقة من الغني على الفقراء .

والالتزامات بسيطة ومركبة : فالبسيطة ما كان الدائن فيها واحدًا والمدين كذلك ، ومادة التعاقد كذلك ولا شرط ملغى ولا موقف ، والمركب ما تعدد المدين أو المادة أو كان في العقد شروط إلخ .

سيقسم هذا الجزء إلى خمسة أقسام :

(1) مادة الالتزام .　　(2) نتائج الالتزام .

(3) الالتزامات بسيطة ومركبة .　　(4) سقوط الالتزامات .

(5) نقل الالتزامات ، ملحق بديل التعاقد والالتزامات [1] .

بند [120] التشريع الإسلامي

الالتزامات في حد ذاتها : الالتزام شغل ذمة بشيء إلى شخص آخر يسمى الأول ملتزمًا ، والثاني ملتزمًا له أو دائنًا ومدينًا . والالتزامات تعهد بالوفاء بما يلتزمه

---

(1) انظر : البنود من 1101 إلى 1107 ، في الباب الأول ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 246 ، 247 .

الشخص فهي نقص في تركته أو رأس ماله فمن مات وعليه التزامات احتسبت نقصًا في تركته ووجب الوفاء بها أولًا؛ لأنها دين . ومن أفلس وعليه التزامات اعتبرت في تقسيم المال بقدر حصتها في وفاء الديون ، وبالعكس من مات وله التزامات عُدَّت في التركة ، وكذا من أفلس وله التزامات اعتبرت في الوفاة بدينه [1] .

وتقسيم الالتزامات إلى مدنية وطبيعية وأدبية تقسيم اصطلاحي ، ولا مانع منه في التشريع الإسلامي ؛ لأنه لا يغير حكمًا .

فالمدنية هي الناتجة عن التزام صحيح لازم لكل من الطرفين كبيع مثلًا ، والطبيعية هي ما نتجت عن عقد غير لازم أو عن سبب يدعو لسقوط الحق ظاهرًا وساق الشخصَ للوفاء ضميره . كما إذا وهبتُ لفقراء غير معينين فهي غير لازمة وليس لأحد مقاضاتي ؛ لأن الفقراء غير معينين ، أو لزمني دين ولم أدفعه ، ثم مضت مدة خمسين سنة فلا يسمع القاضي الدعوى . ولكن معنى عدم السماع لا يجعل المدين في حِلٍّ من عدم الوفاء ، فيجب عليه الوفاء بينه وبين ربه ، وسمه ما تشاء [2] دينا أو التزامًا طبيعيا أو غيره . وأما دين اللعب (القمار) فهو حرام ؛ ولا يجب الوفاء به بل يحرم [3] . وأما الالتزام الأدبي فهو ما يلتزمه الشخص لغير سبب

---

(1) عرف الشيخ عليش الالتزام بأنه : « إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازمًا له » .

وذكر أيضًا الحطاب في المواهب جواز الالتزامات المعلقة ؛ فيشمل إلزام الشخص نفسه بأمر معلق على الفعل النافع الذي يفعله الملتزم له . فتح العلي المالك جـ 1 ص 217 وما بعدها ، مواهب الجليل جـ 5 ص 222 .

(2) في تالأصل : [تشأ] .

(3) تناولت المادة 739 من القانون المدني المصري أحكام المقامرة والرهان وبينت بطلان الاتفاق فيهما ، وأن من حق الخاسر أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنين ، وأن يثبت دفع ما دفعه بجميع الطرق .

ويتفق ذلك مع ما جاءت به المادة 975 من التقنين العراقي ، فيما عدا أن مدة الاسترداد سنة .

والمادة 915 من التقنين الأردني ، فيما عدا أن مدة الاسترداد ستة أشهر .

ويتفق حكم هذه المواد مع ما تأمر به الشريعة الإسلامية . فقد جاء في الآية الكريمة : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ . والميسر هو المقامرة أو الرهان فلا تعتبر المقامرة أو الرهان سببًا شرعيًا لكسب المال . وقد نصت المادة 97 من المجلة على أنه « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي » .

والقاعدة هي تحريم المقامرة والرهان . فكل من العقدين باطل لمخالفته للآداب والنظام العام . فهو مخالف للآداب ؛ لأن المقامرة تقوي في نفس المقامر غريزة حب الإثراء عن طريق المصادفة ، لا عن طريق العمل المنتج . =

إلا ابتغاء رضوان اللّه كمطلق الصدقة لا الزكاة الواجبة شرعًا ، فهي حق اللّه يجب إخراجها ويُقاتَل من الإمام عند منعها فتؤخذ قهرا .

وقد يجوز اعتبار الالتزامات بسيطة ومركبة ولا ضرر في ذلك .

بند [121] مادة الالتزام

القانون الفرنسي :

مادة الالتزام تشمل ثلاثة أنواع : إعطاء ، عمل ، عدم عمل أي شيء .

فالإعطاء هو نقل ملكية أو ترتيب حق عيني ، ويحمل أيضًا على دفع ما يقابل ذلك من الثمن مبلغًا من المال أو شيئًا محدودًا أو معدودًا أو حيوانًا أو أي شيء آخر مقابل لنقل الملكية أو لترتيب الحق العيني .

ويتبع الإعطاء واجبان يتضمنهما الإعطاء ، وهما تسليم الشيء (مادة التعاقد) ، والمحافظة عليه لحين التسليم .

والعمل أو عدم العمل ، فالعمل يتكون من إتمام عمل جسماني كبناء منزل أو رسم صورة أو تنفيذ عقد بيع أو مشترى ، وعدم عمل شيء هو الحجر على حرية شخص يمكنه العمل بعدم الإقدام على هذا العمل كتعهد فنان بعدم الظهور على مسرح كذا لمدة كذا أو عدم فتح محل تجارة في ناحية معينة .

نتائج الالتزامات البسيطة :

فكرة عامة : الالتزام الممنوح إلى الدائن : حق أساسي ، حق تبعي ، حق مساعد . فالحق الأساسي هو إكراه المدين على تنفيذ موضوع التعاقد . والحق التبعي هو ما يطلب من المدين من التعويض عن الضرر لعدم التنفيذ كلية أو جزئية أو التأخير .

والحق المساعد هو ما يؤخذ من احتياط على أموال المدين الذي يحقق رهنًا عامًّا على الأموال المذكورة .

= وهو مخالف للنظام العام ؛ لأنه كثيرًا ما يؤدي إلي الخراب وإثارة الحقد والبغضاء والانصراف عن عمل منتج يعود علي المجتمع بالخير ، وهذا المعني واضح في الآية الكريمة التي تقول : ﴿ إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ ﴾ .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 290) .

حق الدائن الأساسي أو التنفيذ الجبري للالتزامات :

من حق الدائن أن يطلب من مدينه تنفيذ عقد الالتزام بنفس عين مادة الالتزام ، وعلى المدين التنفيذ فلا يحل للمدين دفع مبلغ نظير عين تعاقد على أدائها بل لابد من أداء العين نفسها ، ولو امتنع عن التنفيذ فللدائن إكراهه بمساعدة القانون على ذلك .

ولكن يوجد بعض أحوال يكون التنفيذ المباشر غير ممكن . وفي هذه الحالة يضطر الدائن إلى طلب تعويض مالي يعادل ما تسبب له من الخسارة ، وهذا يكون في حالة التنفيذ على عمل يتم بإرادة المدين فقط أو على حرية شخصية المدين كرسام في عمل لوحة (وكأرتيست) (ممثل) في محل تمثيل .

وللتنفيذ طريقان :

تنفيذ بالإكراه على النفس وتنفيذ بالإكراه على المال . وقد فكر المتشرعون في تنفيذ ثالث غير مباشر ، وهو الجبر المالي :

1 – التنفيذ على النفس : كان القانون الروماني يقضي بوضع شخص المدين تحت تصرف دائنه بشخصه متى حل أجل الدين فإن وفى مدة ستين يومًا فَبِها ، وإلا باع الدائن مدينه كالعبد وأخذ ثمنه ، ثم ينتقل إلى أملاكه للتنفيذ عليها مع بقاء الشخص أيضًا تحت تصرف الدائن عند عدم كفاية أملاكه .

وفي القانون الفرنسي إلى سنة 1867 كان للدائن الحق في حبس مدينه على نفقته لعله يدفع ليخلص حريته ، وكان الحبس ممكنًا دائمًا في الدين التجاري و قليلًا في الدين المدني ، ثم ألغي في 22 يوليو 1867 الحبس في الديون المدنية و التجارية وبقي السجن في الديون التأديبية . (الغرامات ، والتعويض ، ومصاريف القضاء) .

2 – التنفيذ على الأملاك : حق ضمان عام للدائن على أملاك مدينه : متى التزم شخص بشيء فقد قدم أملاكه من منقول وعقار حاضرة ومستقبله ضمانًا لما التزم به ، سواء نتج الالتزام عن تعاقد أو عمل أضر بالغير .

هذا الضمان ليس تامًّا فلا يعطي للدائن حقًّا بوضع يده على شيء معين ، ولا يفضل الدائن على غيره ، فللمدين إدارة أملاكه و التعاقد مع الغير بجميع أنواع

التصرفات إلا إذا أضر بحقوق دائنه ، فللدائن الاعتراض حفظًا لحقوقه . وبما أن أملاك المدين من منقول وعقار ضامنة لالتزاماته فيستثنى من ذلك :

1 – الأملاك غير القابلة للتمليك ، كعقار المهر لامرأة متزوجة على نظام المهر .

2 – الحقوق المستمرة كحق الاستعمال وحق السكنى .

3 – ما كان مستثنى بالقانون من الحجز ، سواء كان رفقًا بالإنسانية أو كان للصالح العام [1] .

بند [122] مادة الالتزام

التشريع الإسلامي : مادة الالتزام في العقود هي الثمن والمثمن . وهو إعطاء ومنع كعقد المهادنة وفعلًا كشركة العمل وتركًا كما في الإقالة [2] ، أو ترك الملتزم له حقًّا من حقوقه لأجل ما التزمه له ، كأن أسقطت المرأة حقها في الحضانة نظير جعل معين ، وكإعطاء الزوجة زوجها شيئًا على ألا يتزوج عليها وهو يوافق الجعل .

ويتضمن الإعطاء نقل الملكية أو ترتيب حق عيني ، وقد يكون مبلغًا من المال أو شيئًا محدودًا أو حيوانًا .

ولا يتحقق الإعطاء إلا بالتسليم للثمن والمثمن كما اقتضاهما عقد الالتزام .

وقد يكون الثمن أو المثمن عملًا جسمانيًا كبناء منزل ، وعدم العمل هو التزام أيضًا يجب الوفاء به على الوجه المتفق عليه [3] .

نتائج الالتزامات :

المحافظة على حقوق الدائن : العقود العوضية يكون الالتزام متقابلًا ؛ ففي البيع مثلًا يلتزم البائع بتسليم المثمن ، ويلتزم المشتري بتسليم الثمن ، فكلاهما دائن للآخر مدين له ، وفي العقود التي بلا مقابل كالهبة والإعارة مثلًا التزام الواهب أو المعير بهبة

---

(1) انظر : البنود من 1136 إلى 1145 ، في الباب الثالث ، من الكتاب الثالث من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 253 : 255 .

(2) الإقالة من حيث هي بيع يشترط فيها ما يشترط في البيع ، ويمنعها ما يمنع البيع . الشرح الصغير (83/3) .

(3) قال الدردير عن أركان العقود والتزاماتها : « ومعقود عليه من ثمن ومثمن » ، ثم ذكر شرطه وهو الرضا بأن يدفع المشتري الثمن للبائع ويأخذ المثمن أو يدفعه له البائع . الشرح الصغير 1/3 .

أو إعارة شيء معين ؛ فالالتزام من جانب واحد أو المديونية من جانب الملتزم [1] .

فللدائن في كلتا الحالتين حق أساسي وحق مساعد .

فالحق الأساسي هو إكراه المدين قضاء على أداء ما التزم به ، والحق المساعد هو ما يفعله الدائن من الطرق التحفظية على أملاك مدينه لاستيفاء حقه منها .

أما الحق التبعي وهو التعويض فلا يختص بالالتزامات إلا إذا جنى المدين على الشيء محل الالتزام ، أو جنى أي شخص على ملك شخص آخر ، وتحقق شروط الضمان ، وتحقق الضرر فيتولد الحق التبعي وهو القيمة أو المثل أو ما يسمونه أرش الجناية [2] إلخ .

أما عدم التنفيذ للالتزام كلية أو عدم التنفيذ جزئيًا فله حكم آخر ، ولا تعويض فيه لمجرد عدم التنفيذ .

التنفيذ الجبري للالتزامات : من حق الدائن طلب عين الالتزام ، وعلى المدين إعطاؤه حقه [3] كما التزم ؛ فلا يكره الدائن على أخذ شيء آخر غير ما اشترط .

---

(1) يقول الشيخ عليش : « الالتزام الذي ليس بمعلق وهو إلزام الشخص نفسه شيئًا من المعروف من غير تعليق على شيء فيدخل في ذلك الصدقة ، والهبة ، والحبس ، والعارية ، والعمرى ، والعرية ، والمنحة ، والإرفاق ، والإخدام ، والإسكان ، والنذر إذا كان غير معلق والضمان . انظر تفصيلًا أكثر في فتح العلي المالك جـ 1 ص 218 .

ويقول الشيخ عليش : « وقال ابن عرفة في كتاب العارية : والوفاء بها لازم ؛ لأنها معروف وفيها من ألزم نفسه معروفًا لزمه » ثم قال من التزم الإنفاق على شخص مدة معينة أو مدة حياة المنفق عليه أو حتى قدوم زيد أو إلى أجل مجهول لزمه ما لم يفلس أو يمت » إلخ . فتح العلي المالك جـ 1 ص 219 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 329 .

(2) الدية ، وكذلك الأرش وهو جزء من الدية ، تعويض . وهي تكون مقدرة في حالة القتل وفي حالة الجناية علي ما دون النفس علي عضو تمكن فيه المماثلة . وتكون غير مقدرة ، حيث يترك تقديرها للقاضي ، في حالة الجناية على ما دون النفس على ما لا تمكن فيه المماثلة . ويتحقق ذلك بالنسبة إلي أكثر الجراح والشجاج وأكثر ضروب الأذى .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 63) .

(3) تناولت المادة 203 من القانون المدني المصري التنفيذ الجبري على المدين ونصها :

1 – يجبر المدين بعد إعذاره طبقًا للمادتين 219 و 220 على تنفيذ التزامه تنفيذًا عينيًا متى كان ذلك ممكنًا .

2 – على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررًا جسيمًا .

ويتفق ذلك بوجه العموم مع ما جاء في المادة 284 من التقنين الكويتي ، والمادة 355 من التقنين الأردني . والمادة 246 من التقنين العراقي ، وتستند هذه المواد إلي ما يقرره الفقه الإسلامي من قواعد تقضي بأنه « إذا بطل =

ولو امتنع المدين عن الوفاء فللدائن الحق في إكراهه بطريق السجن بحكم القاضي للحصول عل حقه . ولا فرق بين التنفيذ على النفس ، أو على المال فإن القاضي يكره المدين في حالتيه على الوفاء .

وللتنفيذ طريقتان : تنفيذ بالإكراه على النفس ، وتنفيذ على المال :

1 - التنفيذ على النفس : مما لا نزاع فيه أن الإنسان من حيث هو إنسان محب للحياة السليمة من الأذى والألم فيسعى لتحصيل المال ليوفر لنفسه مباهج الحياة ويدفع عن نفسه مضارها وآلامها ، فيشتري راحته بالمال وصحته بالمال وحريته بالمال . فالطبع البشري محب لذاته يفتديها من كل ما يضرها بالمال فنفسه أولًا ثم ماله ثانيًا . فإذا التزم إنسان شيئًا لإنسان آخر مثيله وجب عليه الوفاء بما التزم به عينًا لبقاء النظم البشرية سائرة بالعدل والأمانة ، فإذا نكث ملتزم بما التزم به ولم يوف غريمه فلا يخلو حاله إما أن يكون معسرًا حقيقة بالوفاء ولا طاقة له إطلاقًا ، وإما أن يكون مجهول الحال ، وإما أن يكون ظاهر الملأ (اليسار) ، وإما أن يكون معلوم اليسار .

فإن كان معسرًا بالأداء حقيقة بإقرار الدائن أو بالبينة العادلة ﴿ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [1] .

فيترك سبيله إلى إيساره ، فتبقى ذمته مشغولة بما التزمه حتى يوفي به بعد يساره .

وإن كان المدين مجهول الحال ليس معلومًا معسرًا ولا موسرا يحبس إلى أن يأتي بدينه أو بكفيل بالوجه يعني بإحضاره وقت الطلب حتى يثبت عسره ، فلا يحبس ، وغرم الحميل (الكفيل) إن لم يأت به ، إلا أن يثبت الحميل عسره فإن أثبت عسره فلا يغرم . فإن طال حبسه ولم يتبين أمره أخرج من السجن أيضًا بالاجتهاد من الحاكم لاختلاف ذلك باختلاف الأشخاص والدَّيْن قلة وكثرة .

وإن كان المدين ظاهر اليسار في أعين الناس مقمشا يحسبه الناس غنيًا ، فإن ادعى الفلس ، وأنه لا قدرة له على الوفاء لما عليه يحبس حتى يثبت عسره ، إن لم يطلب الصبر

= الأصل يصار إلى البدل » (م 53 من المجلة) وبأن « المشقة تجلب التيسير » (م 17 من المجلة) ، وبأنه « لا ضرر ولا ضرار » (م 19 من المجلة) ، وبأن « الضرر يزال » (م 20 من المجلة) ، وبأن « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » (م 27 من المجلة) ، وبأن « الضرر يدفع بقدر الإمكان » (م 21 من المجلة) .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 72) .

(1) سورة البقرة الآية رقم : 280 .

بحميل ، فإن وعد غريمه بالوفاء وسأل التأخير نحو يومين أجيب ولا يحبس إن أعطى حميلًا بالوجه (الإحضار) أو بالمال . وإلا لم يُجَب وسجن فلا يخرج إلا بثبوت عُدمه وفقره .

وإن كان المدين معلوم اليسار فيحبس ويضرب حتى يؤدي ما عليه ما لم يأت بحميل غارم وأجل لبيع عروضه إن أعطى حميلًا بالمال وإلا سجن . وليس للحاكم بيع أملاكه بخلاف المفلس [1] ؛ لأن المفلس قد ضرب على يديه ومنع من التصرف في ماله ، فإن باع المدين عروضه ولم يف بالثمن واتهمه الدائن أنه أخفى من الثمن ما كان يمكن الوفاء به حلفه القاضي . فإن امتنع ولم يدفع أجبر على دفعه ولو بالضرب مرة بعد أخرى . ويسجن حتى يدفع ما عليه أو يأتي بحميل غارم . فأنت ترى حكمة التشريع السماوي تقدر الحبس بقدره لمعرفة حال الموسر من المعدم ؛ لأن معاملة الناس فيما بينها يجب أن تكون بضمان يطمئن إليه الناس ، ولا ضمان أزيد من السجن لأداء الحقوق لأربابها . ولا زال أداء الحقوق مضمونًا بالإكراه الجسماني في أرقى الشعوب ، ومنها إنجلترا ، وكان معمولًا به [2] في تركيا ، ولا شك أن الذي يستهين بالوفاء لما التزم به يستحق الاستهانة بما يلحقه من الأذى فلا حرمة له [3] .

وأما الشطط به كما كان في القانون الروماني فهو مخالف للعدالة البشرية من انقلاب الحر عبدًا ؛ لأنه مدين ولم يقدر على السداد .

---

(1) يقول ابن رشد : « أن الإفلاس نوعان : أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه ... فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف في ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم أم ليس له ذلك ؟ وهل يحبس حتى يدفع إليهم جميع ماله على أي نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم » . بداية المجتهد جـ 2 ص 284 ، 285 .

(2) في الأصل : [بها] .

(3) حث الشرع الإسلامي على الوفاء بالعهود والالتزامات ، وهو ما يشير إليه قوله تعالى في أول سورة المائدة : ﴿ يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ . والأصل أن ينفذ الإنسان التزاماته طواعية واختيارًا حتى يتحقق الامتثال لما أراده الشارع ، فإذا لم ينفذ هذا الذي التزم به ، دون عذر يمنعه فإنه يكون مماطلًا ، يستحق العقوبة والإيلام ، طبقًا لما جاء من قوله ﷺ : « لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته » . ولا يقصد من شرع عقوبته إلى إيلامه ، وإنما القصد هو العمل على استقرار المعاملات وحمايتها ، وإلا انقلب حال المجتمع إلى الفوضى ، كما قصد الشرع إلى حماية الطرف الآخر في التعاقد . وفي إيجاز فإن الشارع قد عمل على الموازنة بين مصالح الدائن والمدين والمجتمع ، ولذا استنبط الفقهاء المسلمون طرقًا عديدة لإجبار المدين على الوفاء بالتزاماته .

وأما إلغاء الحبس في الديون المدنية والتجارية في القوانين الفرنسية فهذا تحريض على أكل أموال الناس بالباطل ؛ لأن الذي لا يفي بما التزم به ماذا يخشى ، لا شك لا يصيبه أذى في نفسه وهو الذي يتحاشاه بجميع ما يملك ، إن المدين يهرب أملاكه باسم زوجته أو أحد أولاده بل أحد أصدقائه وعند التنفيذ على أملاكه لا يجد الدائن شيئًا فيعود بالخسران علاوة على ما تكلف من نفقات ورسوم ووقت ، كل هذا لإلغاء الإكراه البدني على تنفيذ الالتزامات ، والذي يدل دلالة صريحة على صحة ما نقول أن الإكراه البدني بقي في (الغرامات ، التعويض ، ومصاريف القضاء) ولهذا كان نادرًا أن يفلت من أدائها إلا القليل ؛ لأنه يخشى السجن .

فالواجب المحافظة على حقوق الأفراد كما حوفظ على حقوق الجماعة والتأكد من الثقة التي يجب أن تكون متبادلة بين الناس في معاملاتهم خوف الجزاء الذي يُتَحَاشَاه بكل ما يُمْلَك .

2 – التنفيذ على الأملاك :

الدائن حين يداين مدينه ، ويرضى معاملته يعتمد على أمرين :

الأول ذمة مدينه ، وأنه متى حل الدين سيجد من ضميره وازعًا هو أقوى من كل قوة يدفعه لسداد التزامه ، والثاني على أملاك مدينه وأن فيها الوفاء بما التزمه المدين وزيادة .

ولذا تجد شخصًا لا مال عنده فيأتمنه الناس في معاملاتهم ويولونه ثقتهم فيداينونه لذمته وصدقه [1] وأمانته في المعاملة ، فتجده حريصًا على هذه الثقة يجدُّ ويكدح للوفاء فلا يخل بوعده ، إلا بقوة قاهرة يصدقه الناس فيها . وبالعكس تجد أناسًا أغنياء موسرين ، ولكن لا يأتمنهم أحد ، وإن عاملهم الناس فبضمان ومع ذلك فلا يوفون . فالدائن يعتمد أولًا على صدق ووفاء مدينه ثم ثانيًا على ماله ، فإن خاب ظن الدائن في الأولى ، ولم يف مدينه نفذ على مال مدينه . فكل ما يملكه المدين يصلح أن يكون سدادًا لدينه الناتج عن تعاقده باختياره أو عن ضرر ألحقه للغير ، وهذا يكون فيما يقبل الحجز والبيع فخرج :

أولًا : أعيان الوقف الذي يستحق المدين فيه حق المنفعة فلا يباع الوقف في دين

---

(1) في الأصل : [صداقته] .

إلا إذا سبق وجود الدين على وجود الوقف فيباع الوقف ؛ فيقدم الواجب وهو الدين على السنة وهو الوقف .

ثانيًا : الحقوق العينية التبعية التي للشخص كحق السكنى لطلبة العلم أو للعلماء أو الأئمة أو الخطباء وحق الاستعمال وحق العمرى والعارية غير الجائز التصرف فيها (الشخصية) .

ثالثًا : ما كان ضروريًا لحياة المدين من نفقة وملبس ولحياة من تلزمه نفقته .

وأما مهر الزوجة فليس للغرماء أخذ معجل مهرها قبل الدخول ولا بعده بأيام ؛ لأنه يلزمها أن تتجهز به للزوج ، ولا يجوز لها أن تقضي منه دينها إلا الشيء اليسير كالدينار ونحوه .

وأما ما تداينته بعد دخول زوجها فإن مهرها يؤخذ فيه . وأما مؤخر الصداق فللغرماء بيعه في دينهم [1] .

بند [123] نتائج عملية لحق الرهن العام

القانون الفرنسي : للدائن الحق في عمل أمرين بالنسبة لأملاك مدينه : اتخاذ الطرق التحفظية ، واتخاذ طريق التنفيذ .

1 - الطرق التحفظية : هي العمل على حفظ ثروة مدينه كما هي ككل دائن إلى أي دين مؤجل أو حال ، وبشرط أو بدونه ، وهذه الأعمال هي :

---

(1) تناولت المادة 1141 من القانون المدني المصري حقوق الامتياز التي تتقدم بها الديون ، ونصها :

1 - يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار :

(أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الستة أشهر الأخيرة .

(ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله من مأكل وملبس في الستة أشهر الأخيرة .

(ج) النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الستة أشهر الأخيرة .

2 - وتستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، أما فيما بينها فتستوفي بنسبة كل منها .

وقد تناولت الموضوع ذاته المادة 1372 من التقنين العراقي ، والمادة 1435 من التقنين الأردني ، والمادة 1074 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 451) .

أولًا : طلب تعيين حارس من المحكمة على أموال مدينه في حالة الشك في غيابه للمحافظة على مصالح الدائن .

ثانيًا : طلب وضع الأختام على أملاك مدينه المنقولة حال وفاته .

ثالثًا : حق التدخل في حالة ميراث المدين من مورثه وقسمة الميراث .

رابعًا : حق فصل تركة مدينه من أموال مورثه خوفًا من تدخل دائن مورث مدينه ليستقل بأعيان التركة ليستوفي دينه .

خامسًا : حق التدخل في كل قضية يكون مدينه طرفًا فيها .

سادسًا : حق إحضار مدينه ليعترف بالدين أو بما كتب إلخ .

والطرق التنفيذية هي الحجز على أملاك المدين كلًّا أو بعضًا ، وبيعها بالطرق القانونية لاستيفاء الالتزام أو بعضه .

والحجز عدة أنواع ، الحجز ثلاثة أنواع أصلية :

1 - حجز عقاري . 2 - حجز تنفيذي .

3 - حجز ما للمدين لدى الغير .

فالحجز العقاري هو طريق للتنفيذ بوضع عقار المدين تحت تصرف القضاء ثم بيعه . وطريقة ذلك مطولة تعرف في طرق التنفيذ .

والحجز التنفيذي هو خاص بمنقول المدين الجسماني ، وذلك بإعلان المدين وعمل محضر حجز وتعيين حارس ، ثم إعلان الحجز والبيع ، ثم البيع بعد ثمانية أيام من الحجز .

وحجز ما للمدين لدى الغير ، وهو أن يكون للمدين مدين آخر فيحجز الدائن ما لمدينه تحت يد مدينه ، ويدعوه لدفع الدين إليه .

القواعد العامة في طرق التنفيذ :

لا يجوز للدائن اتخاذ طريق من طرق التنفيذ إلا بعد وجود الشروط الآتية :

أولًا : يجب أن يكون الدين حالًّا ، وليس مشروطًا بشرط معلق .

ثانيًا : يجب أن يحصل الدائن على أمر تنفيذي ، ومع ذلك فيجوز حجز ما للمدين لدى الغير بسند عرفي أو بأمر إداري من رئيس المحكمة المدينة .

والأمر التنفيذي هو الحكم أو الإشهاد المعنون باسم الجمهورية الفرنسية المتوج بالصيغة التنفيذية ، وهي (على كل سلطة وكل قوة أن تعين على تنفيذ هذا ولو بالقوة الجبرية متى دعيت لذلك) .

والذي يتحقق فيه أمر التنفيذ شيئان :

1 - الأحكام المثبتة لالتزامات الشخص .

2 - الإشهادات المسجلة عند مسجل العقود المدني .

بعد بيع المحجوز والحصول على الثمن يقسَّم بين الدائنين بنسبة ديونهم في ثمن المنقول ، ويقسَّم حسب ترتيب حقوقهم في ثمن العقار فيقدم المرتهن أو صاحب الامتياز على العقار المبيع على الديون العرفية [1] .

بند [124] نتائج عملية لحق الرهن العام

التشريع الإسلامي : ليس هذا الحق من قبيل حق الراهن حقيقة ، وإنما هو من قبيل الضمان الكلي في أملاك المدين للسداد ، فما دام المدين يسير في إدارة أمواله سيرًا سديدًا وتصرفًا معقولًا عرفًا وعادة فلا شأن للدائن قبل مدينه إطلاقًا [2] إلا في حالة إحاطة الدين بماله [3] فله طلب إفلاسه ، ومتى حُكِم بإفلاسه مُنِعَ من

(1) انظر : البنود من 2071 إلى 2091 ، في الكتاب السابع عشر ، وكذلك البنود من 2204 إلى 2217 ، في الكتاب التاسع عشر ، من المقالة الثالثة من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 152 : 157 ، 196 : 200 .

(2) تناولت المادة 234 من القانون المدني المصري حكم أموال المدين وتعلقها بالدين لضمانه ، ونصها :

1 - أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه .

2 - وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقًا للقانون » .

وقد تناولت ذلك المادة 307 من التقنين الكويتي .

والمادة 365 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « مع مراعاة أحكام القانون ، أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان » .

وفكرة أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه موجودة في الفقه الإسلامي ، إذ يستطيع الدائن أن ينفذ على أي مال من أموال المدين استيفاء لحقه . وليس لدائن أن يتتبع عينًا خرجت من ذمة المدين أو أن يتقدم على دائن آخر بالنسبة إلي عين معينة إلا إذا كان له تأمين خاص كالرهن مثلًا يخوله حق التتبع أو حق التقدم .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 78) .

(3) للغريم منع من أحاط الدين بماله من تبرع ، والمراد بالمنع المنع قبل التفليس ، أما بعده فإنه ممنوع من التصرف المالي مطلقًا . مواهب الجليل (32/5 ، وما بعدها) .

التصرف ، وإلا في حالة تصرف المدين تصرفًا سيئًا يضر بماليته فيعجزه عن سداد التزاماته فيدخل الدائن ليتخذ احتياطات تمكن المدين من حفظ ماله لسداد التزاماته [1] ، فمنزلة الدائن من مدينه كمنزلة مشرف عام محافظة على ماله ، فللدائن :

أولًا : منع المدين من السفر للتجارة أو غيرها متى حل الدين أو كان يحل في غيبته ، سواء أحاط الدين بمال مدينه أم لا ، محافظة على الوفاء له بالتزاماته . فله منع غريمه من السفر بشروط :

1 - كون المدين موسرًا بالدين .

2 - حلول الدين ولو في غيبة المدين .

3 - عدم توكيل أحد في قضاء دينه [2] .

فلو لم يحل الدين حتى يرجع أو كان معسرًا بالدين أو كان له وكيل يسدد له ديونه ويقاضِي ويقاضَى بدله فلا حق للدائن من منعه من السفر [3] .

(1) تناولت المادة 235 من القانون المدني المصري حق الدائن في استعمال حقوق المدين المتعلقة بأمواله القابلة للحجز عليها . وتقرر هذه المادة حق الدائن في الدعوى غير المباشرة ، وهي تتفق فيما جاءت به مع المواد 261 عراقي ، 366 أردني و 308 كويتي . وتستند هذه المواد فيما قررنه بشأن الدعوى غير المباشرة إلى الفقه المالكي ، ففيه إذا لم يكن للمدين المحجور عليه بينة على حقه في ذمة الغير إلا شاهد واحد ، ونكل أن يحلف مع شاهده اليمين المكملة للحجة جائز للغرماء أن يحلفوا مع الشاهد وهم بهذا إنما يستعملون حق المدين في هذه الدعوى. الخرشي 267/5 ومصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري 138/5 .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 78) .

(2) للغريم منع من أحاط الدين بماله من السفر إذا لم يوكل في قضائه ، ولم يضمنه موسر . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، (262/3) .

(3) تناولت المادة 323 من القانون المدني المصري تحقق الوفاء بالدين من المدين أو نائبه ، ولو لم تكن له مصلحة ، ونصها :
1 - يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء . وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة 208 .
2 - ويصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة في هذا الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته . على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 375 من التقنين العراقي ، والمادة 317 من التقنين الأردني ، والمادة 391 من التقنين الكويتي .
وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 196 من مرشد الحيران على أنه « يجوز وفاء الدين من المديون الأصيل ومن الكفيل إن كان له كفيل ومن شريكه إن كان الدين مشتركًا » . ونصت المادة 197 من المرشد على أنه « يجوز وفاء الدين المطلوب من المدين من شخص غيره بأمره وبغير أمره » .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 97) .

ثانيًا : طلب حفظ مال مدينه بعد وفاته من التصرف فيه من ورثة أو غيرهم حتى يقضي دينه ؛ لأنه لا تركة تقسَّم بين ورثة إلا بعد [1] سداد دين المورث . فيحرم على الورثة أخذ شيء من التركة إلا إذا كان فيها فضل لهم بعد قضاء دين المورث [2] .

ثالثًا : التشريع الإسلامي قرر قاعدة عامة ، وهي [3] أنه لا ميراث إلا بعد سداد دين [4] المتوفى [5] .

فلو ورث مدين زيد مورثه أحمد بمبلغ 300 جنيه قيمة التركة ، وكان أحمد المورث مدينًا في مبلغ 350 جنيهًا ، فليس لدائني أحمد أخذ باقي الدين وهو 50 جنيها من وارثه زيد إلا إذا تبرع لهم بالخمسين جنيهًا سدادًا لدين أحمد . وليس مدين زيد ملزمًا بالسداد ؛ لأن الغرم قدر الغنم هنا ، وهو لم يغنم شيئًا فلا يدفع شيئًا وجوبًا .

فلو تبرع ودفع فلدائنه منعه ، إذا كان هذا المبلغ يضعف ماليته عن سداد دينه لدائنه . فإن كان ماله فيه فضل للسداد وزيادة فليس لدائنه التعرض فيما تبرع به وهو الخمسون جنيهًا ، وليس لدائني المتوفى الرجوع على الوارث بأزيد من التركة .

---

(1) قاعدة : لا تركة إلا بعد سداد دين المورث .

(2) يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين ، كالمرهون ، وعبد جني ، ثم مؤن تجهيزه ، ثم تقضي ديونه .. » . مواهب الجليل (405/6) .

(3) في الأصل : [هو] .

(4) قاعد : لا ميراث إلا بعد سداد دين المتوفى .

(5) تناولت المادة 237 مدني مصري حق الدائن في المطالبة بمنع المدين من التصرف الضار بحقوقه ، إذا كان هذا التصرف مما يزيد من التزامات المدين أو ينقص من حقوقه أو يؤثر في إعسار المدين . وقد تناولت ذلك أيضًا المواد 240 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 263 عراقي والمادة 310 كويتي والمادتان 370 ، 371 أردني . ويستند الحكم بحق الدائن في رفع دعوى المطالبة بعدم نفاذ تصرفات المدين التي تتوافر فيها الشروط المذكورة إلى ما جاء في الفقه المالكي الذي اتجه إلى الحكم بتقييد تصرفات المدين قبل الحكم بالحجر عليه ، حتى لا تسري في حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم قبل حجره ، شريطة إحاطة الدين بماله وعلمه عند التصرف بهذه الإحاطة ، وإضرار تصرفه بهم . الخرشي 263/5 وحاشية الدسوقي 262/3 وما بعدها ومواهب الجليل 35/5 ومصادر الحق 181/5 - 191 .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 79) .

ولدائن الوارث إذن منعهم ؛ لأنه الأحق . فلو قبل الوارث الميراث من غير شرط أو قيد ، ثم تبين أن التركة مستغرقة ولا تفي بالدين فلا يلتزم الوارث المذكور بدفع أي شيء زائد عن قيمة التركة المذكورة وهو أمر مقرر للمصلحة العامة . ولتحديد الالتزامات ، فلا يلتزم الورثة بأزيد مما ألزم المتوفى نفسه وهو حي ؛ فلو صفيت تركته وهو حي ، ثم مات ما لزمه شيء؛ لأنه معسر بالباقي .

رابعًا : وبما أن الدائن مشرف ورقيب على أموال مدينه ليتمكن من الوفاء بالتزاماته ، فإذا أحاط الدين بمال مدينه ، ولم يحكم بإفلاسه جاز للدائن محافظة على ماله طلب منع مدينه من كل تصرف بدون عوض ، كهبة وصدقة ووقف وضمان وقرض دين لم يحل أجله إلخ [1] .

فإن كان المال أكثر من الدين فلا يمنعه أحد من تصرفه إلا التبرع بما ينقص ماله عن الدين ، فإن قاضى المدين الذي أحاط الدين بماله أو تقاضى ، وكان من مصلحة الدائن التدخل في التقاضي محافظة على ماله جاز له ذلك [2] .

---

(1) للغريم منع من أحاط الدين بماله من تبرعه بهبة ، وصدقة ، وحبس وإخدام ، وحمالة .
الشرح الصغير (137/3) .

(2) تناولت المادة 235 من القانون المدني المصري حق الدائن في الدعوى غير المباشرة والتدخل في التقاضي على المدين للمحافظة على حقوقه ، طبقًا لما سبقت الإشارة إليه في هامش سابق . وفي المادة 237 من القانون المدني المصري تنظيم حق الدائن في المطالبة بمنع تصرف المدين الضار بغرمائه شريطة إحاطة الدين بماله . ومقتضاه أنه إن كان ماله أكثر من الدين فإنه ليس للمدين أن يمنعه من التصرف فيما يزيد من أمواله عن مقدار الدين . وقد تناولت ذلك المواد 263 عراقي ، 310 كويتي .

وتطابق المادة 263 من التقنين العراقي . وتطابق المادة 310 من التقنين الكويتي .

وقد تقدم أن أسس دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة في حق دائنيه قائمة في الفقه المالكي . ففي هذا الفقه تتقيد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله حتى قبل الحجر . فلا تسري في حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم التي صدرت منه قبل أن يحجر عليه الحاكم . ويجب لذلك توافر الشروط الآتية :

أولًا : أن يكون المدين قد أحاط الدين بماله . وذلك بأن تكون ديونه ، الحالة منها والمؤجلة ، أزيد من ماله أو مساوية له . (الخرشي جـ 5 ص 263 . حاشية الدسوقي جـ 3 ص 262 و 263) .

ثانيا : أن يكون المدين عالمًا وقت التصرف بأن الدين محيط بماله . (الحطاب جـ 5 ص 35) .

ثالثا : أن يكون التصرف الصادر من المدين ضارًا بحقوق الدائنين . فلا يسري في حقهم إذا كان تصرفًا مفقرًا يجرد المدين من ماله دون مقابل ويكون سببًا في إعسار المدين أو في زيادة إعساره . (حاشية الدسوقي جـ 3 =

خامسًا : ومن باب الاحتياط وحفظ مال الدائن التوثق من عدم إنكار المدين لحقه أو لوثيقته أو إنكار ورثته من بعده ، فللدائن طلب المدين أمام القضاء للاعتراف بحقه وما تضمنته وثيقة حقه فيكون حجة لا تعارض ، وعلى القاضي إثبات ذلك في دفاتره المحفوظة للرجوع إليها عند الحاجة [1] .

الطرق التنفيذية :

إن طرق التنفيذ للحصول على التزامات المدين تنظم حسب ما يرى الحاكم ، ولكن لها أصول وقواعد يجب إتباعها ، منها ما سبق من التنفيذ على النفس ومنها التنفيذ على المال .

والمدين إما أن يكون قد أحاط الدين بماله ، ولم يقم عليه الغرماء بالافلاس (يعني أعسر بالدفع فقط) . وإما أن يكون قد أحاط الدين بماله وطلب بعض غرمائه إفلاسه فأُفْلِس بالفعل بعد استيفاء الشروط المطلوبة لذلك شرعًا .

فإن كان قد أحاط الدين بماله ولم يقم عليه الغرماء أو لم يحط الدين بماله ، ولكنه ماطل فإنه يحبس حتى يدفع ما عليه من التزامات صحيحة رأى القاضي وجوب أدائها . فإن طلب إخلاء سبيله فلا يترك حتى يأتي بكفيل ، فإن أحضر كفيلًا غارمًا أجل حبسه ليبيع ملكه أو بعضه فيسدد التزاماته ، وليس للحاكم بيعه لأنه ليس مفلسًا بالمعنى الخاص . فإن باع ودفع أخلى سبيله ، وإن باع ولم يسدد كل التزامه واتهمه الدائن أنه أخفى بعض الثمن حلف ، وأجبر على دفعه ولو بالضرب مرة بعد أخرى ويسجن حتى يدفع ما عليه .

وإن كان قد أحاط الدين بماله وحكم عليه بالإفلاس منع من التصرف في ماله

= ص 262 – 264 الخرشي جـ 5 ص 263 و 264 و 265) .

(عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 5 ص 181 – 192) .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 79) .

(1) يحدد الدردير : « الحقوق المتعلقة بالتركة » الشرح الصغير جـ 4 ص 198 .

ويقول ابن رشد بشأن المفلس : « يبيع الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه أو غريمه إن كان مليًا ، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه . بداية المجتهد جـ 2 ص 284 ، ويقول الدردير عن المفلس قبل التفليس : « منعه من عدم جواز التصرف في ماله بغير عوض فيما لا يلزمه مما لم تجر العادة بفعله من هبة وصدقة وعتق وما أشبه ذلك » . الشرح الصغير جـ 3 ص 137 .

وتولى الحاكم أو نائبه بيع ماله من عقار أو عروض أو مثليات بحضرة المفلس بالاستقصاء (المزاد العلني) ، والخيار للحاكم ثلاثة أيام لطلب الزيادة في الثمن في كل سلعة إلا ما يفسده التأخير [1] .

وعجل بيع ما خيف فساده بتأخيره كالفواكه أو تغيره عن حالته التي هو بها أو كساده لو تأخر [2] .

وكذا يعجل بيع الحيوان بالنظر؛ لأنه قد يتغير مع الاحتياج إلى مؤنته [3] .

ووجب التأني بالعقار كالشهرين لطلب الزيادة في الثمن ، وكذا عروضه كالثياب والحديد والمعادن [4] ، ثم يباع بعد ذلك بالخيار للحاكم ثلاثة أيام ، فإن باع الحاكم بدون تأنٍّ فللمفلس الخيار في إمضاء البيع أو رده [5] ، ثم يقسم الثمن بين الغرماء بنسبة الدين .

ولا داعي إذن لحجز عقاري على عقار المدين ولا حجز تنفيذي على منقول المدين ولا لحجز ما للمدين لدى الغير؛ لأننا متى حبسنا المدين وسلبنا حريته سيفكر جديًّا في الوفاء لتعود إليه حريته فيرى مصلحته في أي أملاكه يبيع منقولًا أو عقارًا فيتصرف هو بما يراه مصلحة لنفسه هذا إذا كان في ماله وفاء لجميع ديونه .

فإن كان محاطًا بالدين وكان ماله لا يفي وماطل وقام عليه بعض دائنيه لإفلاسه حكم عليه بالإفلاس ، وسلب منه كل تصرف [6] .

---

(1) من أحكام المفلس « بيع ماله وجوبًا إن خالف جنْسَ دَيْنه ، أو صفته ، بعد ثبوت الدين عليه . ويباع ماله بحضرته أي المفلس ، وللحاكم ، تأخير ثلاثة أيام إلا ما يفسده التأخير » . حاشية الدسوقي ، (269/3 ، 270) .

(2) جاء في الشرح الصغير قوله : وعجل بيعُ ما خيف بتأخيره فساده كالفواكه أو تغيره عن حالته التى هو بها ، أو كساده لو تأخر . (142/3) .

(3) الشرح الصغير (142/3) .

(4) واستوفى بعقاره لطلب زيادة الثمن كالشهرين ، وكذا عروضه كالثياب ، والحديد ، والمعادن . الشرح الصغير (142/3) .

(5) إن باع البائع بدون خيار ، فلكل من المفلس وغرمائه رده لضررهم بذلك . حاشية الشيخ العدوى على الخرشي (269/5) .

(6) إذا كان محاطًا بالدين وماله لا يفي ، وقام عليه بعض دائنيه لإفلاسه حكم عليه بالإفلاس . (وترتب على هذا الحجر أمور خمسة : منعه من التصرف المالي ، وحلول المؤجل عليه ، وبيع ما معه من العروض بحضرته ، الشرح الصغير (139/3) .

فأنت ترى أن تحصيل الديون والوفاء بالالتزامات يتم بكل سرعة ، ولو كان المدين عالمًا بأنه سيسجن إن لم يؤد ما عليه لعمل ألف حساب وحساب لأدائه في أوقاته ، ولكن هذه الأحكام الرخوة غير الحاسمة تزيد اللجاجة في الخصومة والتمادي في طرق ملتوية لا نتيجة لها إلا ضياع الوقت والمال وعدم الوفاء أخيرًا .

والقواعد العامة للتنفيذ هي :

1 - يجب أن يكون الدين حالًّا واجب السداد .

2 - يجب أن يكون الدين ثابتًا مقضيًّا به من القاضي .

3 - يجب أن يمتنع المدين من الوفاء بالتزاماته .

ولا يشترط فيه أن يكون مذيلًا بصيغة تنفيذية ، بل يكفي أن يبين في الحكم لزوم الدين ووجوب الأداء إلا إذا رأى ولي الأمر ذلك ، فيجب العمل بما يرى ؛ لأنه من مصلحة الناس المرسلة .

والذي يتحقق به أمر التنفيذ هي الأحكام المثبتة للالتزامات ، وأما الإشهادات فهي لا تخرج عن كونها إقرارًا من المدين لم يتصل بها حكم واجب النفاذ إلا إذا أمر ولي الأمر أن الاعتراف الرسمي يأخذ صيغة الأحكام النهائية ويكون واجب النفاذ ، ولكن في هذا ضياع حق الدفاع من المدعى عليه لجواز أن يكون قد طرأ على هذا الإقرار ما أبطله .

ويقدم المرتهن في ثمن رهنه فيوفي منه دينه منه ثم من يليه من أصحاب حق الامتياز كما سيأتي تفصيله في باب الإفلاس [1] .

بند [125] الإعسار والإفلاس

القانون الفرنسي : يكون الشخص في حالة إعسار حينما تزيد ديونه عن أملاكه ، ويكون في حالة إفلاس حينما يمتنع عن دفع ديونه ، ويفترق الإعسار والإفلاس كالآتي :

(1) يقول ابن رشد عمن أحاط الدين بماله كله : « بل يحبس حتى يدفع إليهم (للغرماء) جميع ماله على أي نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم » . بداية المجتهد جـ 2 ص 284 .

أولًا : إن حالة الإفلاس تكون للتاجر فقط وحالة الإعسار تكون لغير التاجر .

ثانيا : حالة الإفلاس تتحقق رسميًّا بحكم يصدر من محكمة تجارية وحالة الإعسار تكون في حالة واقعية بالفعل .

ثالثًا : الإفلاس يكون مخلًّا بالشرف والإعسار ليس كذلك ، ويترتب على الإفلاس سقوط بعض الحقوق المدنية دون الإعسار .

رابعًا : نظم القانون الإفلاس بشكل يحفظ حقوق الدائنين ضد مدينهم خصوصًا في تصرفاته (طريقة الإلغاء ، جمع سلطة التصفية في يد وكيل الديَّانة إلخ) وذلك بخلاف الإعسار فإن كل دائن حر في حفظه حقوقه والعمل منفردًا كما يرى .

ومع اختلاف الإعسار والإفلاس فإنهما ينتجان ما يأتي :

أولًا : الإعسار والإفلاس يفقدان الأجل للمعسر والمفلس فيحل دينه المؤجل .

ثانيًا : الإعسار والإفلاس يبيحان إلى دائني زوجة المدين بمتابعتها قضاء كأنها في حالة انفصال في الأملاك من زوجها .

ثالثًا : الإعسار والإفلاس يسمحان للبائع بعدم تسليم المبيع إلى المشتري المتصف بهما .

رابعًا : الوكالة والشركات ينتهيان متى وجد إفلاس وإعسار .

الإكراه القضائي .

الإكراه المدني هو حكم مالي له صفة مؤقتة مخصص إلى الوصول بطريق غير مباشرة إلى تنفيذ التزام بطبيعته بطريق التهديد بعقاب يحتمل معه الانتصار على ممانعة المدين كرسام تعاقد مع آخر لعمل صورة منظر معين في مدة معينة ، ولم يقم بما تعهد به فرفع الدائن الأمر للقضاء فحكم القضاء بدفع 20 فرنكًا عن كل يوم يمضي بدون تسليم الصورة لمدة شهر وبعد مضي الشهر يعودان للمحكمة ، ولها تثبيت الحكم أو جعله تعويضًا عن أضرار التأخير أو إلغاؤه كما ترى ، فهذا الحكم إكراه مدني على التنفيذ بطريق غير مباشر . ولهذا الحكم ثلاث صفات : تهديدي ، مؤقت ، عقابي :

1 - تهديدي ؛ لأن الغرض منه حمل المدين على التنفيذ وهو في الغالب أزيد من التعويض للضرر الذي لحق بالدائن في التأخير .

2 – مؤقت وشرطي ؛ لأنه لا يصير واجب الأداء ، إلا إذا لم ينفذ الدائن ما تعهد به ، ويمكن زيادته متى كان ذلك يحمله على الوفاء ، ويمكن نقصه متى كان له عذر في التأخير .

والإكراه المدني من أعمال المتشرعين في سنة 1824 م ، ثم شاع العمل به بعد ذلك [1] .

بند [126] الإعسار والإفلاس

التشريع الإسلامي : الإعسار هو عدم وجود ما يفي به المدين التزاماته .

الإفلاس الأعم أن يحيط الدين بمال المدين ولا يطلب أحد الدائنين الحكم بإشهار إفلاسه .

الإفلاس الأخص هو إحاطة الدين بمال المدين والحكم بإفلاسه إجابة لطلب بعض دائنيه [2] بشروط :

1 – حلول الدين .

2 – طلب بعض الدائنين الحكم بالإفلاس .

3 – أن يزيد الدين الحال على ماله ، أو لم يف الباقي بالمؤجل .

4 – وأن يماطل في الدفع بعد حلول الأجل [3] .

فليس للمدين أن يطلب إفلاس نفسه من الحاكم دون طلب أحد الغرماء [4] .

وإذا دفع المدين كل ما معه لدائنيه ولم يخف شيئًا أو أحضر كفيلًا فلا يفلس [5] .

ولا فرق بين الإعسار والإفلاس بالنسبة للتاجر وغير التاجر ؛ فكل منهما يصح

(1) انظر البنود من 2021 إلى 2027 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني من الكتاب الرابع عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني .

(2) فرق الدردير بين ما أسماه التفليس العام : وهو قيام الغرماء عليه ومنعه حتى من البيع والشراء والأخذ والعطاء ، ويقبل اقراره لمن لا يتهم إذا كان في مجلس واحد أو قريبًا بعضه من بعض ، وبين التفليس الخاص ، وهو خلع ماله لغرمائه . الشرح الصغير (137/3) .

(3) أشار صاحب الشرح الصغير إلى هذه الشروط بقوله : إن حل الدين الذي هو عليه بعد ثبوته كلًا ، أو بعضًا فلا يفلس من لم يحل عليه شيء ... و طلبه أي طلبت تفليسه البعض من أرباب الديون ، فالأولى الكل ... و زاد الدين الحال على ماله .. وماطل بعد حلول الأجل ، ولم يدفع ما عليه . الشرح الصغير (139/3) .

(4) ليس لأحد أن يرفع الأمر للحاكم ، ويثبت عدمه ، ويفلسه الحاكم من غير طلب الغرماء . حاشيه الدسوقي(264/3) .

(5) فإن دفع لهم جميع ما بيده ، ولم يتهم بإخفاء شيء لم يفلس بالمعنى الخاص . الشرح الصغير (139/3) .

أن يكون معسرًا وأن يكون مفلسًا ، وإن كان معنى الإفلاس في التاجر واضحًا لسرعة حركة التجارة ووجوب المحافظة على دوران دولاب الأخذ والعطاء فإن معناه أشد وضوحًا في غير التاجر؛ لأن الثقة بين الناس يجب أن تتوفر في الأخذ والعطاء . والمحافظة على حق الدائن واجبة لا فرق بين دين التجارة وغيرها ؛ فليس كل الديون تجارية على أنه ينتج من عدم إفلاس غير التاجر ضياع حقوق الدائنين ، فإن للإفلاس أحكامًا قاسية قاهرة فيجب أن تطبق على الدين المدني والتجاري [1] .

والإعسار والإفلاس لا يخلان بالشرف ما دام السبب فيهما معروفًا ، ولم يختلس المدين بعض أملاكه أو يتصرف تصرفًا بقصد التخلص من أداء التزاماته ، فيكون لهذا مستحقًّا للتعزير والضرب والسجن حتى يحضر ما اختلسه من ماله بقصد تهريبه لعدم السداد . وأما الإعسار والإفلاس في حد ذاتهما فلا يخلان بالشرف . ويختلف الإفلاس بالمعنى الأعم عنه بالمعنى الأخص في أن المفلس في الأخص تُغَلّ يده عن أي تصرف في أملاكه حتى ولو بعوض كالبيع والتجارة . وأما المفلس بالمعنى الأعم – وهو من أحاط الدين بماله فقط – فيمنع من تبرع بهبة وصدقة ووقف وإخدام وحمالة (وكفالة) وقرض ، ولكن له البيع والشراء وكل تصرف فيه معاوضة [2] .

ويتفق المفلس في المعنيين في أنهما لا يتبرعان ولا يتصرفان بغير عوض ولا يضمنان أحدًا ولا يقرضان كذلك . فإن فعلا فللدائنين الحق في إلغاء تصرفهما ، وكذلك يمنعان من قضاء دينهما قبل حلول الأجل ومن قضاء بعض ديونهما دون البعض ، ويزيد المحكوم بإفلاسه في المنع أنه لا يجوز له أي تصرف ولو بعوض [3] .

---

(1) يقول ابن عسكر : « إذا ادعى المديان الفَلَس وطلب غرماؤه حبسه حُبِسَ ، فإن ثبت عسره أنذره ، فإن ظهر لدده أديم حبسه ، فإن سألوا حجره حُجر عليه ، وانتزع لهم ماله ، وقسم بينهم بالحصاص ، وبحل المؤجل عليه لا له » . إرشاد السالك ص 95 ، ومواهب الجليل جـ 5 ص 32 ، 33 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 284 .

يقول الدردير : يمنع المفلس من جواز التصرف في ماله بغير عوض ، ولا يلزمه مالا تجرى العادة بفعله من هبة وصدقة وعتق وما أشبه . الشرح الصغير جـ 3 ص 137 ، ومواهب الجليل جـ 5 ص 33 .

(2) المفلس بالمعنى الأخص هو ماخُلعَ مالُه لغرمائه ، والمفلس بالمعنى الأعم هو ما قام الغرماء عليه ، ولهم منعه حتى البيع ، والشراء . الشرح الصغير (137/3) .

(3) يمنع المفلس من دفع كل ما بيده لبعض الغرماء . وقد جاء في الخرشي ما نصه : – « المديان إذا أعطى كل ما بيده لبعض الغرماء فإن للباقي أن يمنعوه من ذلك ، ويردوا فعله جميعًا ، ولو كان الأجل قد حل » الخرشي على مختصر خليل (264/5) .

ويختلف الإفلاس الأعم في أن كل دائن له أن يتخذ ما يراه للحصول على دينه ، وفي الإفلاس الأخص فحكم الجميع واحد ، وهو قسمة مجموع أموال المفلس على نسبة الديون مجتمعة متى استوت درجتها ، ويختلفان في أن المفلس الأخص يحل أجل دينه بمجرد الإفلاس إلا لشرط بعدم الحلول بالإفلاس فيعمل به ، بخلاف المفلس العام فلا يحل دينه المؤجل .

فلو شرط حلول دينه على دائنيه بموته أو فلسه فيعمل بالشرط إن لم يقع في صلب العقد من بيع ، وإلا فسد البيع ؛ لأنه بأجل مجهول .

ولا علاقة بين زوجة المدين ودائنيه إطلاقًا ، إلا إذا كانت كفيلة أو شريكة فتعامل كما يعامل الكفيل والشريك؛ لا لأنها زوجة .

ولمن باع لمفلس بالمعنيين أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى يستلم الثمن متى كان حالًا ، فإن كان مؤجلًا فقد حل بالإفلاس فله الامتناع ، وأما المفلس العام فلا . وله أن يطلب كفيلًا بالثمن أو يطلب إفلاس مدينه ، وحينئذ له أن يأخذ عين شيئه نظير ثمنه إلا أن يدفعه له دائنو مدينه فليس له إذن إلا الثمن منهم .

ومعلوم أن الوكالة والشركة يراد فيهما الشخص لذاته ؛ فمتى أفلس الشخص وكان وكيلًا أو شريكًا فلا يؤثر على وكالته؛ لأن الوكالة عقد بين شخصين يتولى الوكيل فيها عملًا لمن وكله [1] ، فإذا كان الوكيل قائمًا بعمله والموكل له ثقة فيه فلا دخل لأحد في شأن الوكالة . والذي يعزله ويقدر عمله مَنْ وكّله ؛ فليس للإفلاس أي علاقة بين الوكيل والموكل والوكالة من حيث هي .

وأما الشريك المفلس فإن كان إفلاسه يجعل الشركة مفلسة فلا شك في نهاية الشركة بمجرد الحكم بالإفلاس . وإن كان إفلاسه في ماله فقط فيؤخذ نصيبه واستحقاقه في الشركة ليكون في سداد دينه . فإن وافق الشركاء أن يقوموا بشركتهم دون هذا المفلس كان بها وإلا فهم وشأنهم في وضع حد للشركة أو إبقائها بدون هذا الشريك المفلس ؛ فلا علاقة بين إفلاس الشريك نفسه وبين الشركة إلا إذا كان إفلاسه إفلاسًا لها أيضًا .

---

(1) الوكالة نيابة في حق غير مشروطة بموت ذي الحق ، وغير إمارة . الشرح الصغير (202/3) .

الإكراه القضائي :

ليس في التشريع الإسلامي إكراه قضائي ؛ لأن الذي دعا المشرعين الوضعيين إلى استحداث هذا النوع من الإكراه للوفاء بالالتزامات هو إلغاء الإكراه البدني فاستهتر الناس بما يلتزمونه في تعاقدهم ؛ لأنه لا رادع لهم سوى ذمتهم ومالهم ، أما الذمم فنحن في زمن نبكي فيه حالة المجتمع لبعدهم عن الديانات وغرس أوامرها ونواهيها وزواجرها في نفوسهم صغارًا فشبوا كبارًا على الشره والطمع في أكل أموال الناس بحق وبغير حق .

نحن في سنة 1362 هـ وسنة 1943 م ، ويأتي الدائن للقاضي وبيده سند الدين بخط المدين وإمضائه وشهود ويطلب الحكم له على مدينه فينكر إمضاءه أو خطه ، ويتصنع جميع أنواع الحيل لإخفاق الدائن في الوصول إلى حقه طمعًا في اغتنامه ، فعلى الذمم العفاء !! وأما المال فأبواب تهريبه مفتوحة على مصراعيها ، ويتبعه الهرب من أداء الالتزامات ، فلم يبق إلا الأخذ بتلابيب المدين بذاته والبحث في حاله أمام القاضي ، فإن ثبت إعساره بالأدلة القاطعة ﴿ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [1] وإلا وُضِع في السجن حتى يؤدي ما عليه أو يفعل ما التزم به أو يأتي بكفيل غارم ، هذه هي المعاملات التي يجب أن تكون بين الناس فيأمن الناس على أموالهم أخذًا وعطاء وإلزامًا والتزامًا ، فلا إكراه قضائي في التشريع الإسلامي .

---

(1) سورة البقرة الآية رقم 280 .

(نتيجة المقارنات من بند 118 إلى نهاية بند 126)

يتفق التشريعان في :

الالتزام في حد ذاته وأقسامه - مادة الالتزام - نتائج الالتزام البسيطة - التنفيذ على النفس وعلى الأملاك (في الجملة) - نتائج عملية لحق الرهن العام - الإعسار والإفلاس (في بعض أحوال) .

ويختلفان في الإكراه القضائي .

بند [127] الحق التابع للدائن أو نظرية تعويض الضرر

القانون الفرنسي : نظرية تعويض الضرر ، وهو التعويض المدني الذي يلزم المدين دفعه إلى الدائن بحكم المحكمة في حالة عدم تنفيذ الالتزامات كلًّا أو بعضًا أو في حالة التأخير ، وبهذا يكون التعويض ناتجًا عن حالتين :

1 - عدم التنفيذ كلًّا أو بعضًا . 2 - في حالة التأخير .

فإن كان الالتزام بأداء شيء غير مبلغ من المال فيحتمل التعويض بحالتيه ، ويشترط لذلك ثلاثة شروط :

أولًا : يجب حصول خطأ من المدين ؛ فلا يجب تعويض للدائن إلا إذا كان عدم التنفيذ ناتجًا عن خطأ المدين نفسه ، فإن كان ذلك بقوة قاهرة أو لسبب خارج عن إرادة المدين فلا تعويض ، وعلى الدائن إثبات عدم التنفيذ للالتزامات أو تأخير تنفيذها ، وعلى المدين إثبات أنه نتج عن قوة قاهرة خارجة عن إرادته ليخرج عن مسئولية التعويض .

وأما حالة الحرب في ذاتها فليست قوة قاهرة مانعة من التنفيذ،ولكن إذا استحال التنفيذ بسبب الحرب كانت قوة قاهرة لا إذا كان صعبًا فقط وعليه التنفيذ متى انتهى المانع .

ثانيًا : يجب حصول ضرر للدائن : على الدائن إثبات حصول ضرر حتى يحكم بالتعويض والضرر المعنوي في عدم تنفيذ الالتزامات لا تعويض فيه عند علماء القانون ، وعند المتشرعين متى حصل ضرر ولو معنويًّا فيجب التعويض .

وأما الضرر المعنوي الناتج عن الجنحة وما يشبهها فلا خلاف في لزومه .

ثالثًا : إنذار المدين بالتنفيذ ، ويتكون ذلك :

1 - إعلان بواسطة محضر إلى المدين من الدائن يدعوه لتنفيذ التزامه .

2 - إنذار من محضر إلى المدين مشتملًا على صورة حكم تنفيذ أو عقد واجب النفاذ .

3 - طلب أمام القضاء وهو المطلوب للتفاهم .

وفي الأحوال الآتية لا لزوم لطلب التنفيذ من المدين :

1 – عندما تكون طبيعة الالتزامات لا تحتاج إلى تنبيه كالالتزام بعدم فعل شيء أو كان الالتزام مقصودًا لوقت محدد كلعب الأطفال في أول يوم السنة .

2 – أو كان الالتزام ناتجًا عن رد المسروق فهو ملزم برده بدون تنبيه أو إنذار .

ونتيجة التنبيه ثلاثة :

1 – يصبح التعويض مطلوبًا وحالًّا .

2 – يحل به الشرط الجزائي عقابًا على عدم التنفيذ .

3 – يتحمل المدين خسارة الشيء المتعاقد عليه متى هلك .

قيمة التعويض :

التعويضات تحدد بمعرفة المحاكم المختصة مع ملاحظة القواعد الآتية :

(1) الضرر الثابت .

(2) المكسب الذي لم يتحقق من عدم تنفيذ الالتزام ؛ فإذا تخلف مطرب مثلًا عن حضور حفل يلزمه ما أنفق ، وبما كان يمكن أن يكتسبه الدائن من هذه الحفلة .

فإذا كان عدم التنفيذ راجعًا لخطأ المدين فعليه تعويضه ما نتج عن عدم التنفيذ مباشرة ، أو ما يمكن أن يقدر من الضرر من العقد ، وإن كان عدم التنفيذ نتج عن غش فإنه يتحمل كل ما نشأ من الضرر أو ما ينشأ ما دام ناتجًا مباشرة وبلا واسطة عن عدم التنفيذ ، كمن باع بقرة مريضة غاشًّا المشتري بين أبقاره فماتت وتفشى مرضها في أبقاره فماتوا ؛ فعلى البائع تعويض البقرة المبيعة وتعويض أبقار المشتري التي ماتت بسبب هذه البقرة المريضة [1] .

بند [128] تعويض الضرر

التشريع الإسلامي : سبق أن شرحنا وجهة التشريع الإسلامي في تعويض الضرر ، وقلنا إن تعويض الضرر كلمة عامة تشمل التعويض الناتج عن إتلاف مال

---

(1) انظر : البنود من 1146 إلى 1155 ، في الفصل الرابع من الباب الثالث من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 256 ، 257 ، 258 .

الغير عمدًا أو خطأً وهو الجائز النظر إليه والحكم به . وتشمل التعويض الناتج عن عدم التنفيذ للالتزامات كلًّا أو بعضًا أو تأخير التنفيذ . وهذا القسم غير جائز شرعًا ولا يتأتى الوصول إليه؛ لأنه مادام المتعهد في التعاقد يعلم جيدًا أنه مكره لنفاذ ما تعهد به بطريق الإكراه البدني فلن يقصر ، ولن يتوانى في التنفيذ .

فالالتزام إما أن يكون ناجزًا بتًّا وهذا يجب الوفاء به فورًا ، وإما مؤجلًا لأجل وهذا يجب الوفاء به متى حل الأجل ؛ فمتى نفذ الملتزم ما تعهد به فلا شيء عليه [1] . وإن امتنع عن التنفيذ فإما أن يكون قادرًا على أداء ما التزم به أوْ لا ، فإن كان قادرًا أجبر على النفاذ بحبسه وضربه حتى يؤدي ما عليه ، فإن لم يؤد ما عليه ، وأحاط الدين به ، وطلب أحد الدائنين إفلاسه أفلس وبيعت أملاكه ، وإن كان غير قادر لعسره فلا يسمع مجرد قوله بل لا بد من ثبوت ذلك لدى القاضي ، ومتى ثبت عسره انتظر إلى يسره .

فلا داعي إذًا لإنذار المدين [2] ؛ لأن كل شخص يعرف واجبه ، فإن كان الالتزام مقصودًا لوقت محدد ككراء الدابة لخروج الحجاج بطل الكراء ، ولزم رب الدابة رد الأجر . وأما الشيء المسروق فيجب رده فورًا ؛ فإن تأخر فحكمه حكم الغصب وقد سبق .

وأما الشرط الجزائي فلا حاجة إليه ؛ لأن الإكراه البدني يجعله لا وجود له .

وأما تحمل المدين خسارة الشيء المتعاقد عليه متى هلك فغير صحيح في الجملة ؛ وذلك لأنه بمجرد العقد الصحيح الناجز دخل المبيع في ملك المشتري مثلًا ، فإذا هلك من غير تعدي الملتزم فهو على حساب المشتري ، وإن تأخر الملتزم في التسليم

---

(1) قاعدة : متى نفذ الملتزم ما تعهد به فلا شيء عليه .

(2) بنيت المادة 220 من القانون المدني المصري الأحوال التي لا ضرورة لإعذار المدين فيها ، وهي إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، أو إذا كان محل الالتزام تعويضًا ترتب على فعل غير مشروع ، أو كان محل الالتزام رد شيء مسروق أو مغصوب ، أو إذا صرح المدين بأنه لا يريد القيام بالتزامه ، أو إذا نص القانون أو اتفق الطرفان على عدم الحاجة إلى الإعذار .

وقد تناولت الموضوع ذاته المواد 362 أردني ، 258 عراقي ، 299 كويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 71) .

وهلك بتعديه فهو ضامن [1] .

وإن كان الالتزام ليس ناجزًا بل مؤجلًا لأجل ، أو كان فيه الخيار ، أو كان فيه حق توفية ككيل ووزن وعد فضمانه من الملتزم حتى يسلمه للملتزم له [2] .

فليس التأخير عن التسليم والإنذار في حد ذاته ملزمًا للمتعهد بتحمل الخسارة [3] .

بند [129] مادة التعاقد مبلغ من المال

القانون الفرنسي : نوع واحد من التعويض يمكن الحكم به في عدم تنفيذ الالتزام إذا كان بمبلغ من المال وهو فائدة التأخير . والشرط الوحيد في لزوم فائدة التأخير هو التنبيه على المدين بالوفاء ، وليس على الدائن إثبات الضرر اللاحق به ؛ لأن القانون فرضه . وليس للمدين إثبات أن عدم الوفاء جاء بقوة قاهرة . والتنبيه يكفي فيه إعلان بسيط بأداء الالتزامات . وفي الباقي الواجب الدفع بعد حساب القاصر في ذمة وصيه ، وفي ثمن المبيع من وقت تسليم الشيء المبيع [4] إلى المشتري ، وفي مبلغ أخذ من مال جمعية أنفق في صالح من أخذه ، وفي كل هذا تسري الفائدة بدون تنبيه .

مقدار التعويض في فائدة التأخير :

قدر القانون التعويض في المواد التجارية 6 ٪ وفي المواد المدنية 5 ٪ . وقد أجاز

---

(1) تناولت المادة 207 من القانون المدني المصري ما يترتب على عدم القيام بالالتزام من تبعة ، ونصها :
1 – إذا التزم المدين أن ينقل حقًا عينيًا أو أن يقوم بعمل . وتضمن التزامه أن يسلم شيئًا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن .
2 – ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو أعذر ، إذا ثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه . مالم يكن المدين قد قبل أن يتحمل قيمة الحوادث المفاجئة .
3 – على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت فإن قيمة الهلاك تقع على السارق .
والمادة تقابلها المادة 287 من التقنين الكويتي .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 71) .

(2) الملك للمبيع بالخيار في زمنه للبائع ، والضمان منه . الشرح الصغير (55/3) .

(3) انظر في الضمان الناشئ عن التعدي على العارية من المستعير . الشرح الصغير جـ 3 ص 233 ، وهناك أمثلة أخرى كثيرة عن ضمان ما أُتلف من مال الغير . راجع مثلًا : تبصرة الحكام لابن فرحون جـ 1 ص 230 وما بعدها .

(4) في الأصل : [المباع] .

القانون الحكم بالتعويض عن الضرر الناتج عن عدم الوفاء بالالتزام زيادة عن الفائدة المذكورة متى كان امتناع المدين بسوء نية .

ويجوز اتفاق الطرفين مقدمًا على ما يجب دفعه عند التأخير وحينئذ يكون واجب النفاذ في المواد التجارية مهما كان الشرط ، ويشترط عدم تجاوزه 5 ٪ في المواد المدنية .

الربح المركب :

وهو ضم الربح إلى الأصل واحتساب فوائد لهما سنويًا كقرض 100 جنيه بفائدة 5 ٪ وبمضي السنة الأولى يصير 105 جنيهات ، وفي السنة الثانية تحتسب فائدة 105 جنيهات وتضم إليها وهكذا ، وهذا خطر عظيم يهدد المدين ؛ ولذا منعها القانون الروماني ، وأباحها القانون الفرنسي بشروط ثلاثة :

1 - يجب أن تكون الفائدة المراد أخذ فائدة عنها قد حلت واستحقت الدفع فلا يصح شرط أن كل فائدة تحسب لها الفائدة مقدمًا .

2 - يجب أن تكون الفائدة وجبت لمدة سنة على الأقل .

3 - يجب أن يكون هناك اتفاق أو طلب أمام القضاء [1] .

بند [130] مادة التعاقد مبلغ من المال

التشريع الإسلامي : سبق أن ذكرنا أن مبنى التشريع الإسلامي على تحريم الربا - وهو كل ما زاد عن أصل مالك - دعوة منه إلى أن يعمل كل شخص في هذه الحياة عملًا فعليًا يدر عليه ربحًا أو يتعرض فيه للخسارة؛ لأن خوض غمار الحياة يعرض المرء للمكسب والخسارة ، أما التعامل بالربا فهو محرم بنص القرآن الكريم : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ ﴾ [2] والحديث : ثلاثة لا يكنُّ إلا لله : الجاه ، والمال ، والولد ؛ على أن بعض علماء الاقتصاد السياسي قد ذهب هذا المذهب وحبذه ودعا إليه؛ لهذا كان واجب الملتزم أداء ما التزم به ، وإلا حبس حتى يدفع

---

(1) انظر : البنود من 1146 إلى 1155 في الفصل الرابع من الباب الثالث من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول 256 : 258 .

(2) سورة البقرة الآية رقم 275 .

إن لم يكن معسرًا ، وإلا فنظرة إلى ميسرة [1] .

بند [131] الشرط الجزائي

القانون الفرنسي : الشرط الجزائي هو شرط في العقد يتعهد فيه الملتزم بأنه إذا لم يف بما تعهد به يدفع كذا ، كمن تعهد بالتمثيل في محل معين واشترط إن تأخر يدفع 100 جنيه .

والغرض من الشرط الجزائي حمل الملتزم على الوفاء بتعهداته والاحتراس من تقدير القضاء في التعويض عند الالتجاء إليه .

والشرط الجزائي تابع للتعاقد الأساسي بمعنى أن إلغاء العقد الأساسي ينتج إلغاء الشرط الجزائي لا العكس ، وبما أن الشرط الجزائي هو عبارة عن التعويض الذي تقضي به المحاكم فلا يجب الشرط الجزائي إلا إذا وجب التعويض يعني :

1 - ينبه المدين .

2 - يكون قد ارتكب خطأ في التنفيذ . فإن كان عدم التنفيذ لقوة قاهرة فلا ينفذ الشرط . ومتى تحقق الشرط الجزائي فللدائن الحق في قبض مضمون الشرط فقط لا أكثر ولا أقل ، إلا إذا كان عدم التنفيذ نتج عن غش الملتزم ؛ فللدائن إثبات أن الشرط الجزائي لا يوازي ما أصابه من ضرر فيُحْكَم له بأزيد ، وليس للمحاكم النظر فيما قدره الطرفان ، فقط لها النظر فيما بقي إذا تنفذ بعض الملتزم به .

شرط عدم مسئولية الملتزم يخالف القانون العام في الغش والخطأ الفاحش فلا ينظر إليه قانونًا ، وأما في الخطأ الخفيف فيعمل به [2] .

بند [132] الشرط الجزائي

التشريع الإسلامي : لما كان المتعاقد في شك من وفاء من تعاقد معه ؛ لأنه لا

---

(1) يقول الدردير : حرم في عين وطعام ربا فضل أي زيادة ولو مناجزة إن اتحد الجنس فيهما؛ فلا يجوز درهم بدرهمين ولا دينار بدينارين ولا صاع قمح مثلًا بصاعين ولو يدًا بيد . الشرح الصغير جـ 3 ص 13 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 5 ص 91 وما بعدها ، بداية المجتهد جـ 2 ص 193 وما بعدها .

(2) انظر : البنود من 1226 إلى 1233 ، في الفصل الثالث ، من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 274 : 276 .

جبر له بغير التنفيذ على ماله اخترع المتشرعون أو أجازوا الشرط الجزائي ؛ ليكون مخيفًا نوعًا للملتزم حتى يوفي بالتزامه ، لكن هذا قد يكون مقبولًا إذا كان المدين مليئًا ، فإن كان معسرا فما فائدته ؟ لا فائدة فيه ، ولو أن التنفيذ الجسماني لا زال باقيًا لما احتاج الناس إلى التوثق بما يسمى شرطًا جزائيًا ؛ لهذا كان بعيدًا عن التشريع الإسلامي الذي لا يرى إلا الجد في المعاملات ، ولا يرى إلا التنفيذ الجسماني ، وهو الكفيل بتنفيذ كل تعهد وأدعى إلى اطمئنان كل متعاقد .

وأخيرًا لا يرى التشريع الإسلامي حِلَّ أخذ مال الناس إلا بمقابل يصح أن يكون مقومًا كمال أو تبرعًا [1] ، وأما التأخير فليس متقومًا ، ولا يصح التعويض عنه فضلًا عن أنه لا يصار إليه ما دام التنفيذ مضمونًا على الجسم الذي يفتديه الشخص بجميع ما يملك .

وأما شرط عدم مسئولية الملتزم ففيه تفصيل :

1 - إذا كان المبيع غائبًا على الصفة أو برؤية متقدمة فضمانه من المشتري بالعقد إن كان عقارًا ولو بيع على المقاس ، وأدركته الصفقة سالمًا إلا لشرط فيعمل به بأن اشترط الضمان على المشتري إذا تخلف شرط أو على البائع فعليه [2] .

فإن كان المبيع غير عقار أو أدركته الصفقة غير سليم فضمانه من البائع إلا لشرط .

2 - إن تعاقد البائع مثلًا على التبري من العيوب فلا ينفعه التبري من عيوب سلعته ، فإن باع سلعة على أنها ليس بها عيب ، وإن ظهر بها عيب لم ترد عليه لم

---

(1) قاعدة : لا يصح أخذ مال الناس إلا بمقابل يصح أن يكون مقومًا كمال أو تبرعًا .

(2) لم يتناول الفقهاء المسلمون موضوع الشرط الجزائي الذي يقوم على اتفاق المتعاقدين على قيمة التعويض عن الضرر عند الإخلال بالوفاء بما يوجبه العقد . والأقرب إلى القواعد التي نصوا عليها عدم جواز الشرط الجزائي ؛ لأن التعويض عندهم مرتبط بالضرر الفعلي ، وليس بالضرر الذي يتوقعه الطرفان .

ومن جهة أخرى فإن منفعة النقود غير مقومة ، ولو وجبت الغرامة في التأخير فيها لكان ذلك من الربا . ولعل هذا هو ما كان في ذهن المؤلف عندما صاغ رأيه في الشرط الجزائي . ومع هذا فهناك أبحاث معاصرة انتهت إلى قبول فكرة الشرط الجزائي من وجهة الفقه الإسلامي . وقد تناولت هذا الموضوع المواد 223 مدني مصري ، 302 كويتي ، والمادة 364 من القانون المدني الأردني ، ونصها : « يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون .

ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويًا للضرر . ويقع باطلًا كل اتفاق يخالف ذلك .

يُعْمَل بهذا الشرط [1] ، وللمشتري الرد بما وجده فيها من العيب القديم ولا تنفعه البراءة إلا أن يفعل المشتري ما يدل على الرضاء بالعيب بعد الاطلاع عليه ، فإن فات المبيع حسا أو معنى فاللمشتري أرش [2] العيب .

3 – ضمان ما يغاب عليه ويمكن إخفاؤه في عقد العارية والرهن ولو شرط نفي الضمان على الأرجح ، ولا يضمن مالا يغاب عليه ولو شرطه المعير والراهن . والقول للمستعير أو المرتهن في التلف أو الضياع [3] إلا لقرينة تكذبه [4] .

(1) تناولت المادة 453 من القانون المدني المصري حق العاقدين في زيادة الضمان عند ظهور عيب بالمبيع ، وحقهما في إنقاص هذا الضمان أو إسقاطه . ولكن يقع مثل هذا الاتفاق باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه . ومعنى ذلك أن من حق المشتري أن يعبر عن رضاه بما ظهر له من عيوب عند الشراء ، ولا يحق له بذلك أن يطالب بالرد بخيار العيب ، لسقوط هذا الخيار بالرضا بالعيب . ويتفق ذلك مع أحكام الفقه الإسلامي ، كما يتفق مع ما جاء في المواد 342 ، 343 من مجلة الأحكام العدلية و 517 ، 518 من مرشد الحيران ؛ فقد نصت المادة 517 من مرشد الحيران على أنه « إذا ذكر البائع أن في المبيع عيبًا فاشتراه المشتري بالعيب الذي سماه له فلا خيار له في رده بالعيب المسمى ، وله رده بعيب آخر ولو قبله المشتري بجميع عيوبه فليس له رده بالعيب المسمى ولا بعيب آخر » .
أما في حالة تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشًّا منه فيبطل شرط إسقاط الضمان أو إنقاصه . انظر المذكرة الإيضاحية للمادة 95 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ، حيث جاء فيها أن شرط براءة البائع من العيوب لا يعفيه إلا من العيوب التي لا يعلمها ، أما العيوب التي علمها وأخفاها عن المشتري فلا يبرأ منها ؛ لأن هذا من باب الغش .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 143 ، 144) .
(2) أرش العيب : هو ما يأخذه المشتري من البائع إذا اطلع على عيب في المبيع . قال القتيبي : يقال لما يُدْفَع في الفرق بين السلامة والعيب في السلعة أَرْش ؛ لأن المبتاع للثوب على أنه صحيح إذا وقف فيه على خرق أو عيب استحق الأرش . وليس للأرش قدر معلوم . انظر لسان العرب مادة (أرش) .
(3) تناولت المادة 638 من المصري أحكام الضمان في العارية ، ونصها :
1 – لا ضمان على المعير في استحقاق الشيء المعار ، إلا أن يكون هناك اتفاق على الضمان ، أو أن يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق .
2 – ولا ضمان عليه كذلك في العيوب الخفية ، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب ، أو إذا ضمن سلامة الشيء منه ، لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببه ذلك .
وقد تناولت ذلك المادة 850 من التقنين العراقي والمادتان 652 و 658 من التقنين الكويتي .
وفي نطاق الفقه الإسلامي يمكن أن يقاس حكم الضمان في العارية على ما هو مقرر في الهبة ، فكلاهما عقد تبرع . فكما أن الواهب لا يضمن الاستحقاق في العيوب الخفية ، فكذلك المعير . أما الحالات المستثناة فسندها القواعد العامة في الضمان .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 331) .
(4) جاء في باب الرهن من الشرح الصغير « وضمنَ الرهنَ مرتهنٌ إن كان الرهن بيده ، وهو مما يغاب عليه ، =

4 - شرط الضمان على الوكيل باطل ويفسد الوكالة [1] .

فشرط عدم مسئولية الملتزم (يعني عدم الضمان) فيما تقرر فيه الضمان شرعًا باطل ، ولا يُعْمَل به ، وشرط المسئولية للملتزم (يعني الضمان) فيما تقرر فيه عدم الضمان شرعًا باطل ولا يعمل به .

بند [133] نظرية الخسارة

القانون الفرنسي : نظرية الخسارة هي معرفة من المسئولُ الملتزمُ أو الملتزَمُ له عند فقد مادة الالتزام أو تلفها الناتج عن قوة قاهرة أو حادث عرضي .

ولتحقيق هذه النظرية يجب تحقق ثلاثة شروط :

أولًا : يجب أن تكون مادة الالتزام جسمًا معينًا أو عينا محدودة ؛ فلو كانت من شيء له جنس كالقمح مثلًا فلا تتحقق نظرية الخسارة ، فإن تلف فعليه مشترى بدله من السوق .

ثانيًا : يجب أن يكون هذا الجسم المعين هو موضوع الالتزام .

ثالثًا : يجب أن يكون التلف أو الضياع نتج عن شيء طارئ أو قوة قاهرة لا دخل للملتزم فيها ، وتكون خارجة عن إرادته وليست منسوبة له .

وفي القانون الروماني التعاقد لا يكفي لنقل الملكية بل لابد من التسليم ؛ فإذا مات أو تلف أو فُقِد الملتزمُ به فهو في ملك الملتزم ، والملتزم له ما هو إلا دائن بما دفع .

وفي القانون الفرنسي تنتقل الملكية لمادة الالتزام بمجرد التعاقد ، فليس للملتزم له جبر الملتزم على الوفاء بالتزامه حيث إن مادة الالتزام غير موجودة ، وليس له طلب تعويض ؛ لأن فقده أو تلفه حصل بقوة طارئة أو قاهرة . وهذا في عقد الالتزام من الطرفين .

وللبائع مثلًا طلب ثمن المبيع أيا كان الحال ولو مع عدم تسليم المبيع لفقده أو تلفه ، ولكن الملتزم مسئول ، ويبقى مسئولًا في الأحوال الآتية :

= أي إخفاؤه عادة كالحلي ، والثياب ، ولم تقم على هلاكه بينة ، ولو اشترط البراءة من الضمان . الشرح الصغير (133/3) .

وجاء في باب الإعارة من الشرح الصغير قوله : « وضمن المستعير ما يغاب كالحلي والثياب مما شأنه الخفاء ، ولو شرط نفي الضمان عن نفسه على الأرجح ، والقول له في التلف أو الضياع إلا لقرينة تكذبه . الشرح الصغير (231/3 ، وما بعدها) .

(1) قاعدة : الضمان على الوكيل باطل ويفسد الوكالة .

أولًا : إذا ذكر عدم مسئولية الملتزم إليه صراحة في التعاقد ، فيكون الملتزم هو المسئول .

ثانيًا : إذا كان الفعل الطارئ حدث لمادة الالتزام من إهمال الملتزِم ، كمن ترك الاحتياط فحصلت سرقة لذلك الشيء فيكون الملتزم مسئولًا .

ثالثًا : متى حصل تنبيه من الملتزَم إليه إلى أن يسلم مادة الالتزام ولم يسلمها وتلفت فيكون الملتزم مسئولًا ، فإن سلمها وتلفت عند الملتزم له فلا مسئولية على الملتزم [1] .

بند [134] نظرية الخسارة

التشريع الإسلامي : نظرية الخسارة في التشريع الإسلامي هي الضمان؛ لأنها معرفة من المسئول الملتزِم أو الملتزَم له عند فقد مادة الالتزام أو تلفها الناتج عن قوة قاهرة أو حادث عرضيَ مجهول ، وفي معرفة المسئول - يعني من الضامن - يجب معرفة التفصيل الآتي ؛ لأن الأحكام فيها تختلف :

أولًا : إذا كان الالتزام بتًّا لا خيار فيه ، ووقع العقد صحيحًا ، ولم يكن فيه حق توفية ، ولم يكن موضع الالتزام غائبًا (يعني مبيعًا على الصفة مثلًا) ولم يكن بيع ثمار قبل أمن جائحة فضمان مادة الالتزام تنتقل إلى الملتزَم له ، يعني المشتري مثلًا ، بمجرد العقد . فمن اشترى حصانًا بيعًا باتًّا لا خيار فيه ، واستوفي العقد شروطه وأركانه انتقل الضمان إلى المشترى - ولو لم يقبضه - فمتى هلك أو حصل فيه عيب بعد العقد فضمانه من مشتريه ما لم يتسبب أحد في ذلك ، وإلا فعلى المتسبب .

ثانيًا : إذا وقع الالتزام على الخيار وكان عقدًا صحيحًا فيبقى ملك مادة الالتزام لصاحبها وهو البائع فضمان المبيع إذًا من البائع . ولو قبضه المشتري زمن الخيار وتلف ضمن ما يغاب عليه ، إلا إذا أثبت أن تلفه بغير تعديه فلا ضمان عليه . كما أنه لا ضمان فيما لا يغاب عليه ، وبمضي مدة الخيار دخل في ضمان المشتري ولو لم يقبضه [2] .

---

(1) انظر : بند 1302 وبند 1303 ، في الفصل السادس ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 293 ، 294 .

(2) جاء في الشرح الصغير : - « والملك للمبيع بالخيار في زمنه للبائع والضمان منه . ولو قبضه المشتري وادعى ضياعه زمن الخيار ضمن فيما يغاب عليه ، إلا لبينة تشهد بضياعه بلا تفريط من المشتري فلا يضمن . الشرح الصغير (55/3 وما بعدها) .

ثالثًا : إذا وقع العقد فاسدًا فلا ضمان على الملتزم له [1] إلا إذا قبض مادة الالتزام فهو ضامن بقبضه . وإن وقع العقد مع فضولي ، أو صغير ، أو عبد ، أو سفيه بغير إذن وليهم فالضمان فيه ينتقل إلى الملتزم له بعد إجازة المالك ، والسيد ، والولي كالالتزام مع الخيار .

رابعًا : إذا كان الملتزم به فيه حق توفية كمكيل ، أو موزون أو معدود فتنتقل ملكية الملتزم به إلى المشتري بمجرد العقد ، لكن لا يدخل في ضمانه إلا بالقبض . فما دام لم يقبضه فالبائع ضامن ؛ والتلف والخسارة على البائع ، ويستمر ضمان البائع له حتى يفرغ في أواني المشتري . فإذا هلك أو تلف بيد البائع عند تفريغه فضمانه على البائع ولو تولاه المشتري عدًّا أو كيلًا أو وزنًا نيابة عن البائع [2] .

خامسًا : إذا كان عقد الالتزام تم على الصفة أو على رؤية سابقة للعقد كأن كان المبيع غائبًا في غير العقار ، أو كان موضع الالتزام حبسه البائع عنده نظير الثمن بعد تمام العقد ، أو كان محل الالتزام ثمارًا بعد بُدُوِّ صلاحها ، أو كان محل الالتزام حبسه الملتزم للإشهاد على البيع مثلًا ، ففي كل هذه الأحوال لا يدخل محل الالتزام في ضمان الملتزم له إلا بالقبض ، وأما قبل القبض فضمانها من الملتزم .

فمتى كان المبيع شيئًا معينًا مقومًا ليس موصوفًا في الذمة ، وليس فيه حق توفية كما سبق دخل في ضمان الملتزم له . فإن هلك فهو على حسابه ولا مسئولية على الملتزم إلا إذا تعدى فيضمن بتعديه لا بالعقد [3] .

وإن تلف المبيع المعين بيعًا صحيحًا وقت ضمان البائع له لكونه فيه حق توفية أو كان غائبًا أو ثمارًا قبل أمن الجائحة ، وكان تلفه بسماوي بطل البيع ، ولا يلزم البائع الإتيان بمثله . فإن كان موصوفًا في الذمة كالسلم لزمه الإتيان بمثل ما في ذمته .

---

(1) قاعدة : العقد الفاسد لا ضمان على الملتزم فيه إلا إذا قبض .

(2) ما كان فيه حق توفية ، فلا يضمن المشتري إلا بعد القبض . بداية المجتهد (185/2) .

(3) يقول ابن رشد عن ضمان المبيع في مدة الخيار : قال مالك : مصيبته من البائع . والمشتري أمين . وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ، وقد قيل في المذهب : إنه إن كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه إياه ، وإن كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية إن كان مما يغاب عليه فضمانه منه ، وإن كان مما لا يغاب فضمانه من البائع . راجع تفصيلات أكثر في بداية المجتهد جـ 2 ص 210 ص 211 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 55 وما بعدها .

فإن أخفى الملتزم مادة الالتزام وقت ضمانه وادعى هلاكها ، وكان البيع على البت ، ولم يصدقه المشتري ، بل ادعى أنه أخفاه وأن دعواه الهلاك لا أصل لها ، ونكل البائع عن اليمين فإن المشتري يخيَّر بين الفسخ لعدم تمكنه من قبض المبيع أو التمسك به ، ويطالب البائع بمثله أو بقيمته . ولو كان البيع على الخيار لزم البائع الثمن ، ولا خيار للمشتري لأن السلعة في الخيار باقية على ملكية البائع . ولو كانت السلعة محبوسة بالثمن أو للإشهاد فيضمنها البائع ضمان الرهن ؛ إذ لا تخيير للمشتري فيها ، وإنما له القيمة بالغة ما بلغت [1] .

---

(1) تناولت المادة 437 من القانون المدني المصري أحكام هلاك المبيع قبل التسليم ، ونصها : « إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع » .

وهو ما تناولته المواد 478 و 479 و 480 من التقنين الكويتي .

فالمادة 478 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا هلك المبيع قبل تسليمه لسبب أجنبي لا يد لأحد العاقدين فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من الثمن ، وذلك مالم يكن الهلاك بعد إعذاره المشتري لتسلم المبيع » .

والمادة 479 تنص على أنه « إذا هلك المبيع في جزء منه أو لحقه التلف قبل التسليم لسبب أجنبي لا يد لأحد العاقدين فيه ، كان للمشتري الحق في إنقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع . فإذا كان الهلاك أو التلف جسيما بحيث لو كان موجودًا عند البيع لما أبرمه ، كان له فسخ البيع . وذلك كله إذا كان الهلاك أو التلف حاصلًا قبل إعذاره المشتري لتسلم المبيع » . والمادة 480 تنص على ما يأتي :

« وإذا كان الهلاك أو التلف لسبب يرجع إلي البائع ، كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع أو إنقاص الثمن بقدر نقص القيمة ، وذلك دون إخلال بحقه في التعويض إن كان له مقتض » .

وتناولت أحكام هلاك المبيع كذلك المواد 500 و 501 و 502 من التقنين الأردني .

فالمادة 500 من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

1 - إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من الثمن .

2 - فإذا تلف بعض المبيع يخير المشتري إن شاء فسخ العقد أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن .

والمادة 501 تنص على ما يأتي :

1 - إذا هلك المبيع قبل التسليم أو تلف بعضه بفعل المشتري اعتبر قابضًا للمبيع ولزمه أداء الثمن .

2 - إذا كان للبائع حق الخيار في هذه الحالة واختار الفسخ ضمن له المشتري مثل المبيع أو قيمته وتملك ما بقي منه .

والمادة 502 تنص على ما يأتي :

1 - « إذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل شخص آخر كان للمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه وله حق الرجوع على المتلف بضمان مثل المبيع أو قيمته .

2 - وإذا وقع الإتلاف على بعض المبيع كان للمشتري الخيار بين الأمور التالية :

=

فإذا كانت مادة الالتزام شيئًا معينًا كحصان أو بيت مثلًا وتلف أو هلك بسبب خارج عن إرادة الملتزم ، وكان البيع بتًّا لا على الصفة في غير العقار ، فإن ضمانه من المشتري ؛ لأنه بمجرد العقد دخل في ملكه ، وانتقل الضمان إليه ، وللبائع طلب الثمن ؛ لأنه لا دخل له في التلف أو الضياع .

وقد عاد المشرع الوضعي للنغمة المتفق عليها من ذكر التشريع الحديث والتشريع الروماني ، ولكن ذكر التشريع الإسلامي الذي عنه أخذت هذه القاعدة التي هدمت التشريع الروماني ممنوع حتى ولا وجود له ، أيها المكابرون المتعنتون اعترفوا بالحق لأهله ولو كفرتم به ، ففي الواقع إن هذا التشريع هو التشريع الإسلامي لحمًا ودمًا قلتم ذلك أم جحدتموه ؛ لأنه ما كان لكم من تشريع وقت أن كان التشريع الإسلامي في بلادكم وقد كنتم مضطرين للأخذ به ؛ لأنه أقرب للعقل السليم ، وموافق لمصلحة التعامل ، وأرفق بحال العباد . أخيرًا أتأسى بقول اللّه عز وجل : ﴿ وَٱللَّهُ مُتِمُّ نُورِهِۦ وَلَوْ كَرِهَ ٱلْكَٰفِرُونَ ﴾ [1] .

وليس للملتزم له جبر الملتزم على الوفاء ؛ فقد [2] وفى بالتزامه ودخل في ضمان الملتزم له ، وليس له طلب تعويض ؛ لأن الملتزم لم يتسبب لا في التلف ولا في الضياع .

= (أ) فسخ البيع .

(ب) أخذ الباقي بحصته من الثمن وينفسخ البيع فيما تلف .

(ج) إمضاء العقد في المبيع كله بالثمن المسمى والرجوع على المتلف بضمان ما أتلف .

وقد تناولت الموضوع ذاته المادة 547 من التقنين العراقي ، ونصها :

1 - إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري ، إلا إذا حدث الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع . وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم كتلف أصابه ، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع إنقاص الثمن .

2 - على أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع ، وجب دفع الثمن كاملًا في الحالة الأولي ، وإلزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 133 ، 134) .

(1) سورة الصف الآية رقم 8 .

(2) قاعدة : ليس للملتزم له جبر الملتزم على الوفاء بالأشياء التي وفى بالتزامه فيها .

وضمان المبيع غائبًا على الصفة أو برؤية متقدمة من المشتري بالعقد إن كان عقارًا ولو بيع على المذارعة وأدركته الصفقة سالمًا وإلا فمن البائع ؛ إلا لشرط في الضمان فيعمل به (إن اشترطا أن الضمان على البائع فهو عليه ، وإن اشترطا أنه على المشتري فهو على المشتري) [1] .

وشرط الضمان فيما فيه أمانة لاغ ولا يُعْمَل به كشرط ضمان الوكيل ، أو المودع ، أو المرتهن ، أو المستعير فلا ضمان عليهم ، ولو اشترِطَ ذلك ؛ لأن يدهم يد أمين إلا إذا تعدوا فيضمنون تعديهم .

فإذا لم تكن يد الملتزم يد أمين فحكمه كالتفصيل السابق [2] . وإن لم يكن هناك شرط ولكن الملتزم تعدى - حتى ولو كانت يده يد أمين - فإنه يضمن بلا نزاع ، وكذا لو أهمل أو لم يتعهد ما تحت يده وحصل تلف فهو ضامن .

---

(1) يدخل ضمان المبيع غائبًا على الصفة ، أو برؤية متقدمة على المشتري بمجرد العقد إن كان عقارًا ولو بيع على المذارعة .. وأدركته الصفقة سالما ، وإلا يكن عقارًا ، أو أدركته الصفقة معيبًا فمن البائع الضمان إلا لشرط فيهما . الشرح الصغير (13/3) .

(2) تناولت المادة 639 من القانون المدني المصري حق المستعير في استعمال الشيء المعار ، ونصها :

1 - ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين وبالقدر المحدد ، وذلك طبقًا لما يبينه العقد أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينه العرف . ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع .

2 - ولا يكون مسئولًا عما يلحق الشيء من تغيير أو تلف بسبب الاستعمال الذي تبيحه العارية .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م 856) في مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 4 ص 676 .

وهو ما تناولته المواد 851 و 852 و 859 من التقنين العراقي والمادتان 772 و 1/773 من التقنين الأردني ، المادة 653 من التقنين الكويتي .

وقد نصت المادة 772 من مرشد الحيران على أنه « إذا حدث من استعمال العين المستعارة عيب يوجب نقصان قيمتها ، فلا يضمن المستعير قيمة ذلك النقصان إذا استعملها استعمالًا معهودًا معروفًا ، وإنما يضمنه باستعماله فوق المعتاد » .

ونصت المادة 1312 من مجلة الأحكام الشرعية على أنه « لا ضمان على المستعير إذا تلفت العارية أو بعضها باستعمالها بمعروف واستيفاء منافعها التي أتيحت له نصًا أو عرفًا ، أما لو تلفت بفعل غير مأذون كان متعديًا ضامنًا » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 235) .

فإن دخل الملتزم به في ضمان الملتزم له وطلب استلامه ، وماطل الملتزم حتى تلف فالملتزم ضامن ؛ لأنه بعدم التسليم كان متعديًا فهو ضامن لتعديه .

بند [135] نظرية دعوى المدعي باسم مدينه

القانون الفرنسي : علمنا أن أموال المدين وقت تعاقده وبعد التعاقد تكون ضمانا لما تعاقد عليه . ولكن يحدث أن المدين يهمل إدارة أملاكه والمحافظة على حقوقه فلا يرفع الدعاوى على الغير لمصلحته ، فأعطى القانون للدائن الحق في الادعاء مكان مدينه وباسم مدينه وهي الدعوى المسماة (الدعوى مكان الدائن وباسمه) (دعوى أبليك) .

ويمكنه أن يرفع دعوى إبطال تصرفات مدينه التي أراد بها الإفلات بماله من ضمان حقوق المدين وتسمى (دعوى بولين) .

التشابه والاختلاف بين الدعوى باسم المدين (دعوى أبليك) ودعوى إبطال التصرفات (دعوى بولين) :

أما التشابه بين الدعويين فهو أنهما مُنحا للدائن للمحافظة على ضمان أموال مدينه وفاء لالتزاماته من الأموال الحاضرة والمستقبلة ، وأما اختلاف الدعويين فهو :

أولًا : أن رفع الدعوى باسم المدين (دعوى أبليك) هي لحماية الدائن من إهمال مدينه في عدم محافظته على حقوقه قبل الآخرين . وأما دعوى إبطال التصرفات (دعوى بولين) فهي لحماية الدائن من تصرفات مدينه الضارة بضمان أمواله (ما التزم به للدائن) .

ثانيًا : أن دعوى الدائن باسم مدينه هي دعوى ترفع باسم المدين ، ويكون الدائن نائبًا عنه قانونًا في رفعها ، فهي تخص المدين من كل ناحية ، وإنما يرفعها الدائن ليحافظ بها على حقوقه هو . ودعوى بطلان التصرفات الضارة من المدين إنما تُرفع من الدائن وباسمه هو فهي تخصه من كل ناحية ؛ لأنها ترفع على المدين ومن تصرف له [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1165 إلى 1167 ، في الفصل السادس ، من الباب الثالث من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي . الجزء الأول ص 259 ، 260 .

بند [136] نظرية دعوى المدعي باسم مدينه

التشريع الإسلامي : يعتبر التشريع الإسلامي مال المدين وفاء لما التزمه للغير [1] ، وجعل للدائن حق المحافظة على ماله بمراقبته على تصرفات مدينه ، فما دام المدين يملك أكثر من دينه فلا يمنعه أحد في تصرفه [2] ، وليس لأحد عليه سبيل إلا إذا تبرع بما يضعف مقدرته على السداد بنقص ماله عن الدين ؛ فللغرماء الدخول إذًا ومنعه من هذا التبرع . والمديان أو الملتزِم له أحوال :

1 – ماله كثير ودينه قليل ، يتصرف كما يشاء بعوض وبغير عوض إطلاقًا في جميع التصرفات [3] إلا إذا تبرع بما ينقص قدرته على الدفع فللدائنين منعه [4] .

2 – ماله قدر دينه أو أحاط الدين بماله فيتصرف بعوض فقط ولا يهب ، ولا يتصدق ولا يوقف ، ولا يضمن ، ولا يعطي قراضًا فلو فعل فلدائنيه طلب إبطال تصرفه من الحاكم محافظة على مال غريمهم للوفاء منه كما يمنع من قضاء بعض ديونه أو قضائها قبل الأجل [5] .

3 – أحاط الدين بماله وأشهر إفلاسه فلا تصرف له إطلاقا لا تبرعًا ولا

---

(1) قاعدة : مال المدين وفاء لما التزمه للغير .

(2) جاء في الشرح الصغير قوله : « ولو كان ما معه أكثر من الدين فليس لهم منعه » . الشرح الصغير (137/3) .

(3) تناولت المادة 239 من القانون المدني المصري ما يجب على الدائن إثباته في دعواه إحاطة الدين بمال المدين ، وهو ما تناولته المادة 265 من التقنين العراقي . والمادة 313 من التقنين الكويتي .

وهو كذلك ما تناولته المادة 372 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا ادعى الدائن إحاطة الدين بمال المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالًا يزيد على قيمة الديون » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 79) .

(4) لو كان ما معه أكثر من الدين فليس لهم منعه إلا أن يتبرع بما ينقص ما له عن الدين ، فلهم منع من أحاط الدين بماله من تبرعه ... إلخ الشرح الصغير (137/3) .

(5) تناولت المادة 238 من القانون المدني المصري منع المدين من قضاء ديونه المؤجلة قبل حلول آجالها ، وهو ما تناولته المادة 264 من التقنين العراقي ، والمادتان 311 و 312 من التقنين الكويتي .

وكذلك المادتان 370 و 371 من التقنين الأردني وقد تقدم ذكرهما .

انظر المواد 959 و 961 و 999 و 1001 و 1002 من المجلة العدلية .

(وانظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 79) .

بمعاوضة ، ولدائنيه الحق في إبطال تصرفاته التي حصلت بعد إحاطة الدين بماله [1] .

فللدائنين الحق في رفع دعوى إبطال تصرفات المدين في حالة إحاطة الدين بماله وفي حالة الإفلاس من بابٍ أولى ، وللدائنين الحق في إبطال عقوده والتزاماته التي تضر بديونهم يعني التي من شأنها إضعاف قدرة السداد لديونه [2] ، ولهم الحق في الدعوى مكانه في المطالبة بحقوقه التي أهملها .

---

(1) يقول ابن جزي عن أحكام المفلس أنه يحجر عليه ؛ فلا ينفذ تصرفه في ماله ، فإن تصرف فيه بعد الديون وقبل التفليس نفذ ما كان من تصرفه بعوض كالبيع ، ولم ينفذ ما كان بغير عوض كالهبة والعتق . واختلف في جواز رهنه وقضائه بعض غرمائه دون بعض . وأما بعد التفليس فلا ينفذ شيء من أفعاله سواء كان بعوض أو بغير عوض . القوانين الفقهية لابن جزي ص 237 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 137 .

(2) تناولت المادة 237 من القانون المدني المصري ، والمادة 240 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع منع المدين من التصرف الضار بالغرماء ، وهو الموضوع الذي تناولته المادة 263 من التقنين العراقي . والمادة 310 من التقنين الكويتي .

والمادتان 370 و 371 من التقنين الأردني . فالمادة 370 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا أحاط الدين حالًّا أو مؤجلًا بمال المدين بأن زاد عليه أو ساواه فإنه يمنع من التبرع تبرعًا لا يلزمه ولم تجر العادة به وللدائن أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه » . والمادة 371 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا طالب الدائنون المدين الذي أحاط الدين بماله بديونهم فلا يجوز له التبرع بماله ولا التصرف فيه معاوضة ولو بغير محاباة ، وللدائنين أن يطالبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه في حقهم . ولهم أن يطلبوا بيع ماله والمحاصة في ثمنه وفقا لأحكام القانون » .

وأسس دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة في حق دائنيه قائمة في الفقه المالكي . ففي هذا الفقه تتقيد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله حتى قبل الحجر . فلا تسري في حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم التي صدرت منه قبل أن يحجر عليه الحاكم . ويجب لذلك توافر الشروط الآتية :

أولا : أن يكون المدين قد أحاط الدين بماله . وذلك بأن تكون ديونه – الحالة منها والمؤجلة – أزيد من ماله أو مساوية له . (الخرشي جـ 5 ص 263 . حاشية الدسوقي جـ 3 ص 262 و 263) .

ثانيًا : أن يكون المدين عالمًا وقت التصرف بأن الدين محيط بماله . (الحطاب جـ 5 ص 35) .

ثالثًا : أن يكون التصرف الصادر من المدين ضارًا بحقوق الدائنين . فلا يسري في حقهم إذا كان تصرفًا مفقرًا يجرد المدين من ماله دون مقابل ويكون سببًا في إعسار المدين أو في زيادة إعساره . (حاشية الدسوقي جـ 3 ص 262 – 264 الخرشي جـ 5 ص 263 و 264 و 265) .

(عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 5 ص 181 – 192) .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 79) .

وحقوق الدائنين تستوي فيها المديونية الأصلية أو المديونية بطريقة الضمان ، ما دام المضمون ليس أهلًا للسداد [1] .

ولا داعي لتسمية دعوى إبطال عقود المدين وتعهداته الضارة بدائنيه باسم (دعوى بولين) ، ولا داعي لتسمية دعوى المحافظة على مال المدين باسم (دعوى أبليك) ؛ لأن هذا حق مقرر للدائن في التشريع الإسلامي من ابتداء وجوده للآن ، وهو يُظْهِر بوضوح أن التشريع الفرنسي نقل هذين الأصلين عن التشريع الإسلامي ، ولكن للإغراب والإعجاب بمن تقدم لإقرار هذا التشريع أسماه باسم (دعوى بولين ودعوى أبليك) ؛ لأن هذا الحق لم يكن مقررًا في التشريع الروماني ولم يكن مقررًا قبل هذه التسمية ، ولكن من الخزي والعار على السارقين والناقلين عدم الاعتراف بمأخذ هذا التشريع - وهو التشريع الإسلامي - بل نسباه لأنفسهما ، وما كان لهما وجود في الحياة ولا لآبائهم ولا أجدادهم إلى سابع جد يوم أن كان الحكم الإسلامي في بلادهم يحكم بهذه المبادئ السامية سنة 800 ميلادية ﴿ بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ ﴾ [2] .

ودعوى بطلان تصرفات المدين الضارة بسداد الديون ترفع من أحد الدائنين باسمه بصفته دائنًا ضد الملتزم له أو الدائن وضد نفس المدين . ودعوى اقتضاء حقوق المدين من الغير محافظة على ماله ترفع باسم أحد الدائنين أيضًا بصفته دائنًا . وموضوع الدعوى في بطلان تصرف المدين وفي اقتضاء حقوقه يراد بهما حفظ مال المدين لسداد ديونه .

بند [137] دعوى الدائن باسم مدينه (دعوى أبليك)

القانون الفرنسي : دعوى الدائن باسم مدينه هو الحق الذي منحه القانون إلى الدائن ليباشر رفع الدعاوى ؛ وليحصل على حق مدينه بدلًا عنه باسم مدينه المهمل لحقوقه .

---

(1) يقول الدردير عن معنى التفليس العام : أنه هو قيام الغرماء المدين ، وأن لهم سجنه ومنعه حتى من البيع والشراء والأخذ والعطاء إلخ . الشرح الصغير جـ 3 ص 137 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 284 .

(2) سورة الأنبياء الآية رقم 18 .

وهذه الدعاوى ترفع للمحافظة على أملاك المدين الضامنة للدين وللتنفيذ أيضًا فتُدْخِل في أملاك المدين ما يصح التنفيذ عليه .

ليس للدائن التدخل في إدارة أملاك مدينه ولا إصلاح ما تلف منها ، ولا ما أهمل منها بهذه الدعوى ، ولكنه يحافظ عليها فقط ضد الغير ومنه . فيرفع دعوى سقوط الحق بمضي المدة ويرفع على مدينه لطلب دينه وهكذا .

وتمتد حقوق الدائن في رفع هذه الدعاوى إلى كل دعوى يحق للمدين أن يباشرها ما عدا ما يتعلق بشخصية المدين نفسه؛ فليس للدائن تدخل فيها وذلك :

أولًا : حقوق العائلة التي لا مال فيها :كحق السلطة الأبوية ، والحقوق الناتجة من سلطة الزوجية ، وحق طلب التفريق الجسماني أو الطلاق .

ثانيًا : الحقوق المستمرة كحق السكنى والمرور ، والحقوق غير القابلة للحجز ، حق استعمال المعاش الوراثي .

ثالثًا : دعوى طلب انفصال الأملاك القانوني ، دعوى استرجاع الهبة ممن أساء إلى الواهب ، دعوى تعويض الضرب والشتم والاحتقار

ويجوز للدائن استعمال حقوق مدينه الآتية :

1 - دعوى إلغاء العقود بسبب عدم أهلية المدين .

2 - دعوى إلغاء الإشهادات القضائية التي حصل فيها غش أو خطأ أو إكراه .

شرط استعمال دعوى المدين :

يشترط في الدائن الذي يرفع الدعوى باسم مدينه أن يكون دينه حالًّا واجب الأداء ؛ فلا يستعمل هذا الحق دائن مؤجل دينه ولم يحل ، أو مشروط بشيء معلق أو ملغ ولم يتحقق .

ويجوز للدائن استعمال حق مدين مدينه مثل مدينه سواء بسواء ، خلافًا لمن قصر هذا الحق على المدين فقط .

وليس بلازم أن ينبه الدائن مدينه باستعمال حقه أو ينذره . فإذا لم يعمل استعمل حق مدينه بدلًا عنه ، وإنما عمليًا يجب على الدائن إدخال مدينه في

الدعوى فيكون الحكم في مواجهته حائزًا صفة الشيء المقضي به .

نتيجة رفع الدعوى باسم المدين :

بين الدائن والمدعى عليه : للمدعى عليه الحق في معارضة الدائن بجميع دفوعه القانونية التي كان يمكنه الدفاع بها ضد المدين .

بين المدين والمدعى عليه : تعتبر الدعوى موجهة من المدين نفسه إلى المدعى عليه فتسري جميع أحكام الدعاوى بين الطرفين كما إذا كان رفعها المدين شخصيًا ، وإنما الدائن دخل في الدعوى كوكيل عن مدينه قانونًا .

بين الدائن والدائنين الآخرين لنفس المدين : يعتبر الكسب عامًا للجميع لا يختص به رافع الدعوى ؛ لأن الدعوى معتبرة قانونًا من المدين ، والدائن نائب عنه فيقسم ما نتج عن القضايا بين الجميع .

دعوى مباشرة :

نتج من وكالة الدائن عن مدينه قانونًا في رفع دعاويه باسمه أن ما يكسبه يكون جزءًا من أموال مدينه فيعود على جميع الدائنين الآخرين ، فرأى القانون أن هناك بعض دعاوى يختص بها الدائن عدلًا ، ولا يشاركه الدائنون الآخرون في نتيجتها ، وهي :

أولًا : مالك العقار يرفع دعوى على المؤجر من مؤجره للحصول على الإيجار المتأخر طرفه إلى مؤجره الأصلي .

ثانيًا : العمال لهم الحق في رفع دعوى ضد المالك الذي تعاقد مع المتعهد للعمل الذي استخدم فيه هؤلاء العمال ؛ فيتقاضون أجورهم المتأخرة طرف هذا المتعهد ما دام له باق طرف المالك .

ثالثًا : محضر الدعاوى : الوكيل عن الطرف المحكوم له يمكنه رفع دعوى بما أنفق لموكله ضد من خسر القضية مباشرة بدون وساطة المحكوم له .

رابعًا : للموكل رفع دعوى ضد الشخص الذي أنابه عنه الوكيل بدلًا عنه .

في هذه الحالات للدائن رفع دعواه مباشرة على من ذكر ، ويختص بما يربحه في هذه الدعاوى وحده ؛ لأنه هو الذي أوجد هذه الزيادة في مال المدين ؛ فهو

أولى بها من غيره من الدائنين [1] .

بند [138] دعوى الدائن باسم مدينه

التشريع الإسلامي : متى أهمل المدين في المحافظة على حقوقه بعدم المرافعة أو الطلب فللدائن طلب هذه الحقوق محافظة على مال المدين ليكون فيه الوفاء ، ويمتد حق الدائن في رفع دعاوى مدينه إلى كل حق يجوز للدائن طلبه شرعًا ويكون مولًا . وليس للدائن التعرض للأحوال الشخصية إلا إذا كان فيها مال كما سيأتي .

فحق السلطة الأبوية ، والحقوق الزوجية ، وحق السكنى والمرور ، وحق الاستحقاق في الوقف متى كان مشروطًا فيه شخصية المدين لا تدخل فيما يجوز للدائن مباشرته بدل مدينه محافظة على أمواله للسداد .

وأما الطلاق على مال أو الخلع فإنه جائز من الزوج ، ولا يتعرض له أحد؛ لأنه قد يأخذ منها مالًا أو يحط عنه دين مهره أو غيرها . فإن وصل مال الخلع إلى يده فهو ملك للدائنين ، فإن أعطاها لغيره فهو تبرع قطعًا فيمنع منه . وللغرماء إبطاله . وأما إن لم يصل المال إلى يده بأن قال : إن أعطيت فلانًا كذا أطلقتك فلا تعرض لأحد عليه ؛ لأنه لم يضيع على غرمائه شيئًا ؛ لأن مثل هذا المال لم يكن منتظرًا لهم وقت المداينة . وأما الخلع من الزوجة المفلسة فلا يجوز ؛ لأنها ستدفع لزوجها بدل الخلع فينقص ماليتها في سداد الدين ويضر بالغرماء ، إلا إذا كان بدل الخلع في ذمتها تدفعه من شيء يطرأ لها غير ما فلست فيه .

وأما العفو عن القصاص الذي لا مال فيه فهو جائز للمفلس . وليس للغرماء اعتراض على ذلك بخلاف العفو عن قصاص فيه مال أو خطأ فلا يجوز ، ولا عفو عن قصاص يوجب للدية .

والمدار في هذا على وصول المال ليد المدين . فإن قال لغريمه : إن دفعت كذا لفلان عفوت عنك فدفع فعفا عنه فلا شيء للغرماء [2] .

---

(1) انظر : البنود من 1165 إلى 1167 ، في الفصل السادس ، من الباب الثالث ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 259 ، 260 .

(2) تناول الدردير حق الغرماء في منع من أحاط الدين بماله من تبرعه بهبة وصدقة ، وحبس ، وإخدام ، وحمالة ، وكذا لا يجوز له ذلك فيما بينه وبين الله تعالى ومن التبرع قرضه فَيُمْنَع منه . الشرح الصغير جـ 3 =

وأما الضرب والشتم والاحتقار ففيها تعزير الحاكم بما يرى ولا حق للمضروب - إلا إذا كان من الجراح المنصوص على أرشها شرعًا - ولا للمشتوم، ولا للمحتقر سوى ما يوقعه الحاكم على المعتدي بما يكون عبرة لغيره من المعتدين وإرضاء للمعتدى عليه [1] ، وأما التعويض بالمال عن هذه الإهانات فليس من التشريع الإسلامي في شيء ، وقد سبق بحثه في التعويض المدني فارجع إليه .

فيرفع الدائنون دعوى إلغاء العقود بسبب عدم الأهلية في المدين وإلغاء التبرعات ، والعقود التي حصل فيها غش أو خطأ أو إكراه ، وكان يجوز للدائن رفعها فأهمل فيجوز للدائنين رفعها بدله .

شرط استعمال دعوى المدين :

يشترط في استعمال حق المدين في دعاويه أن يكون دين الدائن حالًّا مطلوب الوفاء ؛ فإن كان مؤجلًا فليس له التعرض للمدين [2] ، وأن يكون مال المدين لا يفي بدينه [3] ، فإن كان مال المدين يفي بحقه فليس له التعرض لمدينه إلا تبرعه بما ينقص ماله عن الدين فلو كان الدين 100 جنيه ، ومال المدين 150 جنيهًا ، وتبرع بـ 60 جنيهًا فيُمْنَع ؛ لأنه ينقص رأس المال عن الدين . ومن باب المحافظة على الوفاء

= ص 137 ، مواهب الجليل جـ 5 ص 32 ، 33 ، القوانين الفقهية ص 234 .

(1) تناولت المادة 163 ، 164 من القانون المدني المصري والمادة 169 ، 170 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة إيجاب ضمان الفعل الضار مطلقًا وإيجاب التعويض عن الضرر الواقع على البدن الإنساني .

وهو الموضوع الذي تناولته المادة 202 من التقنين العراقي والتي تنص على : « كل فعل ضار بالنفس من قتل ، أو جرح أو ضرب ، أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 54) ولا يوافق المؤلف على إيجاب التعويض بالمال في الأضرار النفسية أو المعنوية الناشئة عن الضرب والشتم والإهانات ، لأنها في رأيه جرائم موجبة للعقوبة الرادعة ، ولا تكون العقوبة عنده بالمال ، كما تقدم . ومسألة التعزير مسألة خلافية فيما سبق التعرض له .

(2) من شروط التفليس : - « أن يكون الدين الذي عليه ، وطلب التفليس لأجله حالًّا ، فلا يفلس بمؤجل » . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير مع الهامش (264/3) وانظر الشروط التي سبقت الإشارة إليها من الفقه المالكي للمطالبة بمنع المدين من التصرف .

(3) الشرط الثاني : « أن يكون ذلك الدين الحال يزيد على ما بيد المدين من المال ، أو كان ما بيد المدين يزيد على الدين الحال ، ولكن تلك الزيادة لا تفي بالدين المؤجل » . حاشية الدسوقي (264/3) .

يجب منع ما تبرع به ؛ فللغريم منع من أحاط الدين - ولو مؤجلًا - بماله من تبرعه [1] . وحق استعمال دعوى مدينه تشمل مدين المدين ؛ لأن مال مدين المدين هو مال المدين ، وبإضافته لمال المدين يكون فيه الوفاء بشرط زائد عن الشرطين السابقين وهو أن يكون مال المدين لا يفي بالدين ومال مدين المدين لا يفي بدين المدين . فإن وفَّى مال المدين فلا شأن للدائنين بمدين المدين . وإن وفى مال مدين المدين بما عليه من الدين فلا يحق لأحد رفع دعاويه ؛ لأن العلة انتفت وهي المحافظة على سداد الدين [2] .

ومتى وجد الشرطان - حلول دين الدائن ، وعدم وفاء مال المدين يعني إحاطة الدين بمال المدين - جاز للدائن أن يرفع دعوى المدين من غير إنذار ولا تنبيه [3] . وعليه فقط إثبات هذين الشرطين أمام القضاء لتبرير رفع الدعوى وطلب الحكم ليكون خصمًا شرعيًا ؛ فعليه إثبات أنه يداين زيدًا ، وأن دينه حل وأن زيدًا لم يؤده له ، ولزيد دين على عمر وقد حل ، ولم يطلبه إضرارًا بالطالب ؛ لأن زيدًا قد أحاط الدين بماله ، وليس عنده ما يفي ؛ لهذا يطلب المدعي الحكم له على عمر بدفع مبلغ دينه كذا لمدينه زيد ليسدد دينه كذا الثابت في ذمة زيد إلخ .

نتيجة رفع الدعوى باسم المدين :

الدائن الذي يرفع الدعوى محافظة على مال مدينه ليستوفي منه دينه يمثل مدينه فيما يتعلق بحقوق مدينه في مديونية ؛ فيصح لمدين المدين أن يدفع دعوى الدائن بما يجوز له أن يدفعها بها لو كانت مرفوعة من مداينة (الدفع ، المقاصة ، مضي المدة ، عدم مشروعية الدين إلخ) [4] .

---

(1) الشرح الصغير (137/3 ، وما بعدها) .

(2) يقول ابن رشد : له أن يفعل ما يلزم بالشرع وإن لم يكن بعوض كنفقته على الآباء المعسرين أو الأبناء . بداية المجتهد جـ 2 ص 285 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 137 وما بعدها ، مواهب الجليل جـ 5 ص 37 ، 38 .

(3) للغريم اتحد أو تعدد رفع دعوى ضد من أحاط الدين بماله للحاكم . الشرح الصغير (138/1) .

(4) تناولت المادة 235 من القانون المدني المصري والمادة 238 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع الدعوى غير المباشرة ، والتي تعني حق الدائنين في استعمال بعض حقوق مدينهم ، طبقًا لما سلف بيانه ، وهو ما تناولته المادة 261 من التقنين العراقي ، والمادة 366 من التقنين الأردني ، والمادة 308 من التقنين الكويتي . =

ويجوز له أن يدفع بعدم صحة مركزه كخصم لعدم استيفاء شروط رفع الدعوى مكان مدينه .

ونتيجة الدعوى متى كسبت أن يحاصص كل الدائنين فيها [1] ، فلا يختص بها من رفعها ؛ لأن ما حكم به مال المدين وهو مشاع بين جميع الدائنين لا يختص به واحد دون آخر إلا ما استُثْني كما يأتي [2] :

أولًا : أجرة الصانع ؛ فإنه يأخذها أولًا دون غيره مما في يده . فإن أفلس شخص وكان قد اكترى صانعًا ينسج له ثوبًا مثلًا أو يصبغه وأتم عمله أو يخيطه ، ولم يدفع له أجره ؛ فرفع عليه دعوى بأجره فيأخذ أجره مما تحت يده أولًا دون بقية الغرماء ، وما بقي يشترك فيه الدائنون غيره .

فإن أفلس قبل عمله فالصانع بالخيار : إما أن يرد موضع العقد ويفسخ الإجارة ، وإما أن يعمل ويحاصص مع الغرماء بأجره . فإن كان المصنوع رُدَّ لربه قبل فلسه ، أو كان المصنوع لا يُحَاز كالبناء ، أو كان العامل يصنع الشيء عند ربه فلا يكون أحق به بل يتعين عليه أن يحاصص مع بقية الغرماء كما يحاصص أجير الرعي وحارس الزرع أو الأمتعة مع الغرماء ولا يختص بما تحت يده .

ثانيًا : رب الدابة أو السفينة أحق بالمحمول عليها حتى يستوفي أجرته إلا إذا

= والدعوى غير المباشرة التي قررتها هذه المواد سندها في الفقه المالكي . ففيه إذا لم يكن للمدين (المحجور للدين) بينه على حقه في ذمة الغير إلا شاهد واحد ونكل أن يحلف مع شاهده اليمين المكملة للحجة ، وجاز للغرماء أن يحلفوا مع الشاهد فيكونوا بذلك قد استعملوا حق مدينهم في الحلف على النحو الذي نراه في استعمال الدائن لحق المدين في هذه الدعوى (انظر الخرشي جـ 5 ص 267 - عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ5 ص 138 هامش 2) .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 87) .

(1) جاء في الشرح الصغير : يحكم القاضي بعد إثبات إحاطة الدين بمال المدين .. بخلع ماله لغرمائه حضر المدين أو غاب ، ولا يتوقف الحكم على حضوره ، فيقتسمونه بالمحاصة . الشرح الصغير (138/3) .

(2) يقول الدردير : إنه لا يجب على المفلس العفو عن قصاص لأجل وجوب الدية ، وله العفو مجانًا بخلاف ما فيه شيء مقرر فلا يعفو مجانًا كالخطأ ؛ لأن فيه مالًا تقرر . الشرح الصغير جـ 3 ص 142 ، بداية المجتهد جـ2 ص 291 ، مواهب الجليل جـ 5 ص 38 وما بعدها .

قبضه ربه وأفلس ، ثم طال الأجل عرفًا بعد القبض ؛ فيكون أسوة بالغرماء . وإذا كان أحق بالمحمول فالباقي من ثمن الحمل بعد الأجرة يكون بين الغرماء .

ثالثًا : من اكترى حانوتًا أو دارًا ، وتجمد كراؤها على المكتري حتى أفلس أو مات المكتري ، فهل رب الدار أو الحانوت أحق بما فيه من أمتعة أم لا وهو مساو للغرماء ؟ خلاف بين أئمة المالكية ، فقال ابن رشد : إن أرباب الدور والحوانيت يكونون أسوة بالغرماء اتفاقًا كما نقل عن ابن القاسم : وقال ابن عرفة [1] : هذا خلاف نَقْل الصقلي [2] حيث جعل هذا قول الجماعة إلا عبد الملك ، فإنه جعل رب الدور والحوانيت أحق بما فيها من الأمتعة قياسًا على الدواب ، تُكْتَرى للحمل عليها فيفلس المكتري ، فربها أحق بالحمل في أجرته . وقال ابن الماجشون [3] : هذا ما جرى عليه العمل به بفاس .

رابعًا : من أجر أرضًا للزراعة ، ثم أفلس قبل أن يدفع إيجارها ، وكان بالأرض عمال يزرعون ويسقون ويقومون بخدمة الزراعة ، فإن رب الأرض يختص أولًا باستيفاء الكراء من الزراعة للسنة المزروعة وما قبلها وما بعدها إن لم يفسخ العقد ويأخذ أرضه ، ثم يلي ربَّ الأرض العمال الزراعيون الذين يقومون بخدمة الأرض ، ثم يلي هذين مرتهن الزرع الذي رهن المكتري المفلس زرعه عنده في دين تداينه منه . فإن بقي شيء بعد هؤلاء حاصص فيه الغرماء وسواء جُزَّ الزرع أم لا ، ومثل الزرع الغرس والبناء .

وللمكري إبقاء العقد في الكراء إذا أفلس المكتري قبل استيفاء المنفعة ،

---

(1) ابن عرفة : هو أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي إمامها وخطيبها بجامعها الأعظم خمسين سنة ، له تآليف عجيبة منها مختصره في الفقه أفاد فيه وأبدع ، مولده سنة 716 وتوفى في جمادى الثانية سنة 803 . (شجرة النور الزكية ص 227 رقم 817) .

(2) الصقلي : هو أبو محمد عبد الحق بن محمد بن هارون السهمي القرشي الصقلي ، تفقه بشيوخ القيروان كأبي بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي وغيرهم . لقى أبا المعالي إمام الحرمين بمكة سنة 450 . ألف كتاب النكت والفروق لمسائل المدونة ، مات بالإسكندرية سنة 466 . (شجرة النور الزكية ص 116 رقم 324) .

(3) ابن الماجشون هو : عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون القرشي ، مفتي المدينة ، وعالمها . أخذ عن أبيه وعن مالك وغيرهما ، وبه تفقه أئمة ، كابن حبيب وسحنون ، له كتاب كبير في الفقه . توفي سنة 212 هـ على الأشهر . (شجرة النور الزكية ص 56) .

ويحاصص بالأجرة إن كانت استوفيت أو ببعضها بقدر ما استوفى منها ، وله فسخ العقد وأخذ عين شيئه . وبناء على هذا للمالك الحق في رفع الدعوى ضد مستأجر مدينه للحصول على الإيجار المتأخر طرفه إلى مؤجره الأصلي ، ويختص بما وجده في العين المؤجرة على ما جرى عليه العمل بالمغرب [1] . ومتى كان صاحب العمل مدينًا للمتعهد ، وبقي للعمال من أجورهم شيء جاز لهم رفع دعواهم ضد صاحب العمل ؛ لأنه مدين لمدينهم ، ومدينهم لم يرفع الدعوى لتحصيل حقه وهم أولى بالحلول محل مدينهم ، وقياسًا على النص في عمال الزراعة فإن هؤلاء يختصون بما يكسبونه من التقاضي سدادًا لأجورهم .

ومثل العمال المحامي في قضية خسرها خصم موكله وكسبها له ذلك المحامي ؛ لأن خاسر القضية مدين لمن كسبها ، ومن كسبها مدين للمحامي في أتعابه .

بند [139] دعوى إبطال تصرف المدين (دعوى بولين)

القانون الفرنسي : دعوى بطلان تصرف المدين هي صفة منحت للدائن لرفع دعوى سقوط تصرفات مدينه الخادعة والتي تسبب له ضررًا ، وهي المأخوذة من القانون الروماني كما يقولون .

أساس هذه الدعوى المحافظة على مال المدين الذي هو ضمان لدينه ، وترفع الدعوى باسم الدائن مباشرة بوكالة عن مدينه قانونًا ، وهي تستعمل لإرجاع ما خرج من مال المدين فيحجز عليه ويباع سدادًا للديون .

وهذه الدعوى ترفع لبطلان كل عمل أفقر المدين في ماليته بإخراج بعض أملاكه

---

(1) تناولت المادة 589 من القانون المدني المصري والمادة 577 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، حق المؤجر في المطالبة بالأجرة وحبس ما يجده من منقولات في العين المستأجرة ، وهو ما تناولته المادة 588 من التقنين الكويتي وتكون المنقولات الموجودة فعلًا في العين المؤجرة مثقلة بحق امتياز المؤجر (المادة 1374 مدني عراقي والمادة 1437 مدني أردني) .

وللبائع في الفقه الإسلامي أن يحبس المبيع إلي أن يؤدي المشتري جميع الثمن (م 278 من المجلة و م 454 من مرشد الحيران) . وقياسًا على ذلك للمؤجر أن يحبس المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ضمانًا للحقوق التي تثبت له بمقتضى عقد الإيجار .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 207) .

من ملكيته . لكن لا يجوز إبطال عمل امتنع المدين عن استعمال حقه فيه ليكون موسرًا كامتناعه عن قبول هبة . وكل ما يلزم الدائن عمله أن يحافظ على مال مدينه الموجود والذي سيوجد لا أن يطلب منه الزيادة واليسار .

ويستثنى من الأعمال التي يجوز للدائن مهاجمتها وإبطالها من تصرفات مدينه ما يأتي :

أولًا : دفع المدين دينه إلى أحد دائنيه مفضلًا له على الآخرين عند حلول أجل الدين ، فليس لأحد الدائنين رفع دعوى بطلان الدفع ؛ لأنه أدى واجبًا [1] .

ومع ذلك في مادة التفليس منع القانون الدفع لأحد الدائنين دون الآخرين .

ثانيًا : الدين الذي تعاقد عليه المدين حديثًا مهما كان فليس لأحد الدائنين السابقين الاعتراض عليه وإبطاله .

ثالثًا : قسمة التركة التي دُعي إليها المدين ليجريها مع بقية الورثة : للدائن الحضور في دعوى القسمة خوفًا من غش أو تواطؤ مع بقية الورثة ، لكن متى تمت القسمة فليس له طلب إلغائها .

شروط استعمال دعوى إبطال تصرفات المدين :

لصحة استعمال حق دعوى إبطال تصرفات المدين شرطان :

أولًا : حصول الضرر الذي أصاب الدائن . ليس كل تصرف للمدين يبيح تدخل الدائن لنقض هذا التصرف ، بل يجب أن يكون التصرف قد ألحق ضررًا بالدائن ، كأن أفلسه أو جعله يتوقف عن سداد دينه .

ثانيًا : حصول غش من المدين في تصرفه ، ولو بغير نية إلحاق الضرر بالدائن ، بل معرفة أن هذا التصرف يضر بالدائن وقت التصرف .

وتنازل المدين عن ميراث أو حق مستحق له يحتاج إلى وجود ضرر للدائن وغش من المدين حتى تصح دعوى بطلان تصرفه .

---

(1) أما قبل حلول الأجل فللدائن منع المدين من إعطاء كل ما بيده من المال لبعض من الغرماء دون بعض ... قبل حلول الأجل . الشرح الصغير (138/3) .

والذي له الحق في استعمال هذه الدعوى من الدائنين هم السابقون على تصرف المدين لا اللاحقون لعدم إلحاق الضرر بهم . وإثبات أسبقية الدين على التصرف الضار بالدائن تكون بكافة طرق الإثبات فإن كان الغش قد قُصِدَ به الدائنون الحديثون وقد تعاقد معهم المدين معتقدين وجود هذه الأملاك له وقت التعاقد ، ثم تبين أنه تصرف فيها قبل تعاقده معهم ليفلت من ضمان أملاكه جاز لهؤلاء الدائنين دعوى بطلان التصرف .

ويشترط في دين المدين الذي يستعمل الدائن له هذه الدعوى أن يكون حالًّا مستحقًّا ، فإن كان لأجل ولم يحل أو كان بشرط ولم يتحقق الشرط فليس للدائن استعمال هذا الحق .

دعوى إبطال تصرف المدين ليست موجهة للمدين أصالة مباشرة ؛ لأنه لا فائدة منها ، ولكنها موجهة أولًا وبالذات إلى من تعاقد معه المدين كالآتي :

(1) في العقود الملزمة من طرف واحد :

تُرفع الدعوى ضد المتملك ولو كان حسن النية ؛ لأن يساره بهذا التعاقد سيفقر الدائن ، والدائن أولى ؛ ولأنه يدافع عن يسار طارئ ، ولكن الدائن يدافع عن حق سيضيع ففضل القانون الدائن .

(2) في العقود الملزمة للطرفين :

يجب التفرقة بين متملك حسن النية ومتملك سيئ النية ، فإن كان المتملك حسن النية فيبقى التعاقد كما هو ؛ لأن الدائن والمشتري من المدين مثلًا متعادلان في الحقوق ، كل يدافع عن حقه فأبقى القانون التعاقد سليمًا ، وإن كان المتملك سيئ النية فقد أعان المدين على الفرار من سداد ديونه وشاركه في الغش ضد الدائن ، فوجب انتزاع ما تملك وتفضيل الدائن عليه فينقض التعاقد وتعود العين لملك المدين . والدعوى ببطلان التصرف ضد المتملك من المتملك من المدين تتبع التفصيل السابق ، ويحكم بقبولها وعدم قبولها إذا كان المتملك الأول حسن النية أو سيئ النية .

نتائج دعوى إبطال تصرف المدين :

هذه الدعوى شخصية للدائن ، وليست دعوى حقيقية ، وهي نوع من دعاوى

إلغاء العقد ، وهي ترفع باسم الدائن مباشرة ضد من تعاقد معه مدينه أولًا وبالذات . ونتائجها هي :

أولًا : بين الدائن المدعي والشخص الثالث المتعاقد مع المدين نتيجة الدعوى إلغاء التعاقد ، والحجز على العين المتملكة ، وبيعها لصالح الدائن ولو بين يدي المتملك من المدين .

ثانيًا : بين المدين والشخص الثالث المتعاقد معه : تبقى آثار العقد صحيحة بينهما بحيث إذا بقي من ثمن الشيء المتملك شيء بعد استيفاء دين الدائن الذي ألغى التعاقد يرجع هذا الباقي إلى المتعاقد مع المدين ، لا إلى المدين نفسه .

ثالثًا : العلاقة بين الدائن المدعي والدائنين الآخرين لنفس المدين : بما أن أساس هذه الدعوى أنها شخصية وترفع من الدائن باسمه لا نيابة عنه فنتيجة التقاضي يختص بها المدعي فقط حتى يستوفي منها جميع ديونه ، ولا يشاركه فيها أحد من بقية الدائنين إلا إذا دخل مدعيًا في الدعوى ، فقوة الشيء المحكوم فيه خاصة لأطراف التقاضي لا للغير [1] .

بند [140]

دعوى إبطال تصرف المدين

التشريع الإسلامي : سبق أن ذكرنا أن المدين متى أحاط الدين بماله حتى ولو ساوه [2] ليس له أن يتصرف بدون عوض ، فلو تصرف بهبة ، أو صدقة غير مألوفة ، أو قرض ، أو وقف ، بل ولو عارية جاز لدائنه منع تبرعه بمعنى أن يرفعه إلى الحاكم فيحكم ببطلان هذا التصرف فيعود إلى ملك المدين ليكون له قدرة على الوفاء بالتزاماته .

وسبق أن قررنا أن المدين الذي قرر الحاكم إفلاسه يُمْنَع من التصرف إطلاقًا حتى

---

(1) انظر : البنود من 1165 إلى 1167 ، في الفصل السادس ، من الباب الثالث من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول 259 ، 260 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي (3 / 264) أنه لا يفلس إذا كان ما بيده مساويا للدين الذي عليه الحال ، وهذا لا ينافي أنه يمنع من التبرعات .

ولو كان تصرفه بعوض كبيع وشراء ؛ لأن ماله انتزعت ملكيته منه للغرماء ، فلو تصرف فيه بعد ذلك فهو تصرف فيما لا يملك . وهل تصرفه باطل ؛ لأنه محجور عليه لغرمائه كما قرر ذلك ابن عبد السلام ، أو تصرفه موقوف على نظر الحاكم إمضاء وردًّا ، أو موقوف على نظر الغرماء وهو الظاهر ؟ خلاف [1] .

فرد تصرف المفلس حقيقة أو من أحاط الدين بماله أو ساواه هو لإرجاع ما خرج من مال المدين لسداد ديونه ، فهو للمحافظة أيضًا على مال المدين الذي هو ضمان للوفاء بالتزاماته .

لهذا كانت هذه الدعوى لإبطال تصرفات المدين التي أفقرته ، فليس للغرماء إذًا إجباره على التكسب للوفاء أو قبوله هبة لا يريد قبولها ، أما الميراث الذي فيه فضل بعد دين التركة فواجب المدين قبوله ، وإلا أقام أحد الغرماء الدعوى ؛ واستلمه للجميع ؛ لأنه حق الدائنين فتركه ضياع لمال الغير وهو ممنوع [2] .

أما دفع المدين دينه إلى أحد دائنيه فلا يخلو حاله إما أن يدفع المدين لأحد دائنيه كل ما في يده ، ويترك بقية الغرماء ، فهو ممنوع اتفاقًا ، وللغرماء رده [3] ؛ لأن مال المدين ملك مشاع بين الدائنين بحسب حصة كل غريم [4] ، وإما أن يدفع المدين لأحد دائنيه بعض ما في يده على إمساكه بعض ماله ليعامل به الناس ، ففي ذلك خلاف العلماء ، فيجوز . وعلى المدين تحريك بعض ماله الباقي ليسد به دينه بشرط أن يبقى بعد الدفع للبعض ما يمكن المعاملة به لوفاء من بقي أو جَبْر ما أعطى

---

(1) يقول الدردير عن المفلس قبل التفليس : للغرماء منعه من التصرف في ماله بغير عوض فيما لا يلزمه مما لم تجر العادة بفعله من هبة وصدقة وعتق وما أشبه ذلك . الشرح الصغير ج 3 ص 137 ، بداية المجتهد ج 2 ص 290 .

(2) انظر رأي فقهاء المالكية فيما يقضي به القاضي على المدين من بيع ماله عليه فينتصف منه غرماءه أو غريمه إن كان مليًا ، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه ، وذلك في : بداية المجتهد ج 2 ص 284 ، الشرح الصغير ج 3 ص 140 ، مواهب الجليل ج 5 ص 38 ، 39 ، القوانين الفقهية ص 237 وحاشية الدسوقي ج 3 ص 138 .

(3) ومنع من إعطاء كل ما بيده لبعض الغرماء دون بعض ، أو إعطاء بعض ما بيده قبل حلول الأجل ، وكذا بعده إن كان الباقي لا يصلح للمعاملة
الشرح الصغير (138/3) .

(4) قاعدة : مال المدين ملك مشاع بين الدائنين بحسب حصة كل غريم .

للبعض ، وقيل : لا يجوز ، ويرد ما دفع ليُقَسَّم بين جميع الغرماء بنسبة ديونهم [1] .

أما إعطاء أحد الدائنين دينه قبل حلول أجله فممنوع [2] ، أو إعطاء كل ما بيده للغريم ولو حل دينه ، فإن أعطاه فالظاهر رد الجميع ليحاصص كل الغرماء [3] .

ولأحد الدائنين رفع دعوى البطلان ؛ لأن الضرر لحق بالدائنين الذين لم ينالوا شيئًا من دينهم وأنه وإن كان المدين أدى واجبًا ، ولكنه في الحقيقة أضر بالباقين ، والضرر يمكن رفعه فجاز رفع الدعوى ببطلان التصرف [4] .

أما الالتزامات التي يتعاقد عليها المفلس بعد الحكم بإفلاسه ملتزمًا به في ذمته لغير أرباب الدين على أن يوفيه من مال يطرأ لا مما في يده فهي جائزة ولا يمنع منها .

وأما قسمة التركة التي ورث منها المدين فيجوز للغرماء الإشراف على عملها ، فإن وجدوا غشًا أو تدليسًا فلهم رفعه للحاكم حتى ولهم طلب تفتيش منزل المدين خوفًا

---

(1) وتناولت المادة 280 من القانون المدني المصري والمادة 245 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع تفضيل المدين بعض دائنيه بالوفاء والمنع من ذلك ، وهو ما أخذت به والمادة 316 من التقنين الكويتي والمادة 268 من التقنين العراقي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 80) .

(2) الشرح الضعير 3 / 138 .

(3) يمنع المفلس قبل التفليس من التصرف في ماله بغير عوض لا يلزمه مما لم تجر العادة بفعله من هبة وصدقة وعتق وما أشبه . الشرح الصغير 137/3 ، مواهب الجليل 37/5 - 39 .

(4) تناولت المادة 282 من القانون المدني المصري والمادة 270 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، موضوع براءة المدين من قيمة الدين الثابت لبعض الدائنين المتضامنين ، ونصها :

1 - إذا برئت ذمة المدين من قبل أحد الدائنين المتضامنين بسببٍ غير الوفاء فلا تبرأ ذمته قِبَلَ باقي الدائنين إلا بقدر حصة هذا الدائن .

2 - وإذا أتى أحد الدائنين المتضامنين عملًا من شأنه الإضرار بغيره من الدائنين فلا ينفذ هذا العمل في حقهم .

وهو ما تناولته المادة 318 من التقنين العراقي .

والمادة 344 من التقنين الكويتي .

والمادة 414 من التقنين الأردني .

انظر في الفقه الإسلامي : البدائع ج 6 ص 70 و 72 و 74 و 76 و م 169 و 171 و 172 - 187 من مرشد الحيران .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 87) .

من أن يكون أخفى فيه شيئًا عنهم ، وللغرماء طلب تعيين أمين إذا لم يثقوا في عمل مدينهم ليتولى القسمة مع بقية الورثة . وللقاضي القول الفصل في نظر المصلحة .

فإذا تمت القسمة دون حضور أحد الغرماء وأثبتوا للحاكم وجود الغش والمحاباة فيها بالدليل الشرعي وأن هذا فيه ضياع لحقوقهم نُقِضَت القسمة كما إذا ظهر الجور أو الغلط في القسمة ظهورًا بينًا فتنقض القسمة أيضًا ؛ لأن حق نقض القسمة ثابت للمدين بهذه الصفة فيثبت لمداينه كذلك ، وليس هذا من قبيل الأحوال الشخصية التي لا شأن للغريم بها ؛ لأنها مسألة مالية تهم الدائن محافظة على ماله فله ذلك .

شرط استعمال دعوى إبطال التصرفات :

يشترط لصحة استعمال حق إبطال تصرفات المدين :

(1) أن يحيط الدين بمال المدين ؛ فيُمْنَع من التبرعات وترفع الدعوى ببطلانها [1] .

(2) أن يحكم بإفلاسه فيُمْنَع من جميع التصرفات المالية والتبرعات ، وتُرْفَع الدعوى من الغرماء أو من أحدهم ببطلان التصرف من مدينهم [2] .

(3) حلول دين الغرماء المحيط بمال المدين ، أو حلول بعض الدين المطالب به وعدم وفاء مال المدين لدينه المؤجل .

ومتى اجتمعت هذه الشروط يفرض المشرع أن الضرر واقع لا محالة ولو لم يحصل غش من المدين حتى لو تنازل المدين عن أي حق مقوم بالمال ويمكن بيعه أو مال ، فيعتبر ضررًا بالدائن ؛ فله الحق في طلب نقض هذا التصرف وبطلانه [3] .

---

(1) يقول المواق في التسوية بين الدائنين سواء من بادر إلى رفع الدعوى وغيره يبيع ماله وقسمه على نسبة الديون ، فإن اختلفت أجناس الدين من العين والعُرُوض والطعام المسلم إليه فيه قوِّم لكل واحد قيمة دينه بقيمة يومه حين الفلس أو الموت ، وقسم المال بينهم على تلك الحصص .

التاج والإكليل ج 5 ص 43 وما بعدها ، الشرح الصغير ج 3 ص 140 وما بعدها ، بداية المجتهد ج 2 ص 292 ، 293 .

(2) للدائن منع من أحاط الدين بماله من تبرعه بهبة أو صدقة ، وحبس ، وإخدام ، وحمالة .

الشرح الصغير (137/3) .

(3) للغريم اتحد أو تعدد رفع أمر من أحاط الدين بماله للحاكم ، فيحكم بخلع ماله لغرمائه حضر المدين أو غاب .

الشرح الصغير (138/3) .

والذي يملك هذا الحق من اعتمد على سداد التزامات مدينه من ماله الذي تحت يده أو من ماله الذي حصله أو وصل إليه قبل إحاطة الدين بماله أو الحكم بإفلاسه .

فإن حكم بإفلاسه ثم تعامل معه شخص آخر غير دائنيه القدماء ، وقد كان المدين تصرف قبل إفلاسه بشيء لا حق له في التصرف ، فيه فليس له الحق في طلب إبطاله . ولو رفع الدعوى بإبطاله وحُكِم فيها فلاحق له في المحاصة بدينه الجديد مع الغرماء السابقين إلا إذا بقي منهم شيء .

كما أنه إذا أفلس زيد واقتسم غرماؤه ماله ، ثم تعامل مع آخرين ، ثم أحاط الدين بماله الذي حدث من تجارة مثلًا مع من تداين منهم حديثًا فإن الغرماء الجدد يختصون بمال هذا المدين في تفليسته الجديدة ؛ ولا يحاصص معهم الأقدمون إلا إذا بقي شيء ، فيكون بين الأقدمين . فإن كان المال من ميراث ، أو هبة ، أو صدقة ، أو وصية ، أودِيَة فيحجر عليه مرة أخرى للدين الأول أيضًا ، وسيأتي تفصيل ذلك في باب الفلس بحول الله وقوته .

فإن غش هذا المدين دائنيه الجدد بأن أظهر ملاءه ويساره ، ثم تبين أنه على غير حقيقة حبسه الحاكم حتى يدفع أو يأتي بحميل . فإن تبين أن تصرفه السابق كان مقصودًا به التهرب من الوفاء بالتزاماته كما إذا باع لامرأته أو لولده قبل التعاقد مع الغير ، وزوجه وابنه لا مال عندهما لدفع الثمن فيصبح للغرماء طلب إبطال هذا التصرف وجعل ما تصرف فيه ضمن أمواله التي منها وفاء التزاماته .

دعوى إبطال تصرفات المدين موجهة إليه قطعًا ؛ لأنها بطلان تصرفاته وإلزامه نتيجتها مع من تعامل معه ، فإن المدعي يطلب في دعواه الحكم له على المدين المتصرف ببطلان تصرفه وتحمله بما يترتب على هذا التصرف وإلزام من تعاقد معه برد ما أخذه في هذا التعاقد ، وله أن يرجع إذا شاء على المدين بالثمن في ذمته ، وعلى هذا :

1 - ففي العقود الملزمة من طرف واحد يعتبر تبرعًا كالهبة والصدقة إلخ مثلًا ، فيجب أداء الواجب أولًا وهو سداد الدين قبل التبرع وهو سنة أو مستحب ، ولا شك أن التبرع قد أضر بالدائن ، والضرر مدفوع ، ولا ضرر على المتبرع له ؛ لأنه لم يكن في ملكه شيء أصالة وانتزع منه ، بل يعتبر هو متعديًا على الغرماء .

2 - وفي العقود الملزمة للطرفين لا فرق بين حَسَن النية وسيئ النية في هذا التعاقد؛ لأن من أحاط الدين بماله وحكم بإفلاسه قصد الفرار بماله بهذا التعاقد وعدم الوفاء فيعامل بنقيض قصده ، على أنه يعتبر بتصرفه هذا فضوليًّا تصرف في مال الغرماء فيتوقف على رضائهم وعلى من تعاقد معه البحثُ عن حقيقة من تعاقد معه ؛ لأن المدين محجور عليه لغرمائه فلا تصرف له إلا برضائهم كمن تعاقد مع صبي وسفيه محجور عليهما ولا شك أن حق الغرماء ثابت مقرر اتصل به القضاء بالحكم بالإفلاس ، وحق من تعامل معه بعد ذلك طارئ فيقدم الأسبق في الاعتبار دون الطارئ كمن تعامل مع مفلس بعد إفلاسه ، وكان ماله لم يقسم بين الغرماء فلا يأتي هذا المتعامل حديثًا فيحاصص مع الغرماء السابقين قبل الحكم لاختصاصهم بمال مدينهم ؛ إذا لا فرق بين حَسَن النية وسيىء النية في هذه المعاملة ؛ فلا ينظر إليها ، إنما ينظر إلى أنه تصرف ممن أحاط الدين بماله أو ممن حكم بإفلاسه ، فهو تصرف موقوف على إجازة الدائنين أو تصرفٌ موقوف على إجازة الحاكم أو تصرفٌ باطل ؟ خلاف (سبق ذكره) فدعوى بطلان التصرف مقبولة من الدائن على كل حال كان من تعامل معه المدين حسن النية أو سيئها [1] .

نتائج حكم بطلان التصرف :

هذه الدعوى (دعوى بطلان التصرف) وإن كانت تعتبر شخصية ، يعني رفعها أحد الغرماء ، وطلب الحكم فيها بإلغاء تصرف المدين ورد ما تعاقد عليه الطرفان إلى مال المدين غير أن نتيجتها للجميع ؛ لأنه لا يختص بها أحد الغرماء ؛ لأنه ترجيح بلا مرجح فكل الغرماء دائنون ، ومال المدين ضامن للسداد بقدر مشترك بين الجميع حسب حصة كل دين [2] ؛ فنتيجة الحكم تكون للجميع إلا ما ورد فيه الاختصاص لمعنى ملحوظ في مسائلها كمالك دكان ومنزل مثلًا على بعض الأقوال السابقة فهو

---

(1) راجع تفصيل هذه الشروط في : بداية المجتهد ج 2 ص 161 ، مواهب الجليل ج 4 ص 375 ، الخرشي ج 5 ص 82 .

(2) جاء في الشرح الصغير « فيحكم (أي الحاكم) بعد إثبات إحاطة الدين بماله (أي المدين) .. بخلع ماله لغرمائه حضر المدين أو غاب ، ولا يتوقف الحكم على حضوره ، فيقتسمونه بالمحاصة » .
الشرح الصغير (138/3) .

أحق بما فيهما حتى يستوفي كراءه ، وكمالك أرض آجرها وزُرِعَت وأفلس المستأجر فرب الأرض أولى بالزرع حتى يستوفي قيمة الإيجار ؛ لأن المتاع والزرع كانا ألصق بالعين المؤجرة فصاحبها أولى بحقه منها . ومؤجر السفينة والدابة لحمل أفلس صاحبه قبل دفع الكراء ، ولم يستلم الحمل فرب السفينة والدابة أولى بالحمل لاستيفاء حقه منه ، والصانع الذي أتم عمله ، ولم يسلم السلعة للذي أفلس ولم يقبض أجر عمله فهو أولى حتى يستوفي أجر عمله .

كل هؤلاء يختصون بما ذكر لكل واحد فمن رفع منهم دعواه وحكم له فهو أولى بما تحت يده [1] .

ولكن ليس مجرد الترافع يقضي بالأفضلية والاختصاص ، ولمن رفع الدعوى أخذ ما أنفقه على التقاضي من مال المدين على الجملة أولًا قبل اقتسام مال المفلس ؛ لأنه دفعها من ماله الخاص فهو أولى بها أولًا ؛ ولا يحاصص مع الغرماء؛ لأنه لولا ترافعه لما وصل للغرماء هذا الكسب من نتيجة التقاضي .

وحكم من تعاقد معه المدين بعد إلغاء التعاقد كحكم من استحقت من يده السلعة كلها أو بعضها فتجري عليه أحكام ذلك ، وما دام العقد الذي بين المدين والشخص الثالث سيُلْغَى فليس للشخص الثالث إلا القيمة أو المثل يوم الإلغاء ، فلا

---

(1) تناولت المواد 1138 ، 1139 ، 1140 ، 1141 ، 1142 ، 1143 ، 1144 ، 1145 ، 1146 ، 1147 ، 1148 ، 1149 مدني مصري حقوق الامتياز العامة للدائنين ، وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول . وتتعلق هذه الحقوق بالمصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين ، وبالمبالغ المستحقة للخزانة العامة ، وبالمبالغ التي أنفقت في حفظ المنقول ، وحقوق الأجراء ، وما أنفق على المدين وأهله في الطعام والملبس والدواء ، وما أنفق في البذور والسماد ومقاومة الآفات وأعمال الزراعة والحصاد وما هو لازم للإنتاج . ويثبت حق التقدم لبائع العقار في أخذ ثمنه وللمقاولين والمهندسين الذين عهد إليهم إنشاؤه وتشييده وأيضًا لشركاء القسمة . وقد تناولت الموضوع ذاته المواد 1116 – 1136 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمواد 1424 – 1447 من التقنين المدني الأردني ، والمواد 1361 – 1380 من القانون المدني العراقي ، والمواد 1068 – 1082 من القانون المدني الكويتي . ولم يعرض الفقه الإسلامي لحقوق الامتياز على هذا النحو المفصل . ومع ذلك فإن فكرة ترتيب الديون وتقديم بعضها على البعض الآخر مما يمكن التعرف على بعض شواهده في هذا الفقه . من ذلك ما أخذ به الشافعية في تقديم دين الزكاة (الأم للشافعي 13/2) وتقديم تجهيز الميت وتكفينه في الديون المستحقة على تركته ، أو تقديم ديون العباد ، وذلك إلى جانب ما أشار إليه ابن فرحون في تبصرة الحكام مما قد نعرض له في مناسبة أخرى .

يعود إليه شيء من ثمن ما أُلغي التعاقد فيه ، إلا إذا استوفى الغرماء وبقي منهم شيء فيأخذه من المطلوب له من المدين الذي تعاقد معه .

ولا يشترط في اشتراك الغرماء في نتيجة هذه الدعوى أن يدخلوا في هذه الدعوى مدعين ، بل يوضع الشيء الذي حكم به ضمن مال المدين ، ثم يحاصص كل دائن حسب دينه ، ولا يختص به أحد إلا ما ذكر من الاستثناء السابق .

ولا دخل لحوز قوة الشيء المحكوم به لأطراف التقاضي في وضع ما حكم بإلغاء التصرف فيه في مال المدين ليقتسمه الجميع ؛ لأن مال المدين للجميع وهو ضامن للسداد .

(نتيجة المقارنات من بند 126 إلى نهاية 129)

يتفق التشريعان في :

نظرية الخسارة ، دعوى الدائن باسم مدينه ، شروط استعمال هذا الحق (دعوى أبليك) ، نتائج دعوى الدائن باسم مدينه - دعوى إبطال تصرف المدين (دعوى بولين) ، شروط استعمال هذا الحق .

ويختلفان في :

تعويض الضرر للدائن عند عدم تنفيذ الالتزامات ، الشرط الجزائي ، نتائج حكم بطلان التصرف .

بند [141] خصوصيات الالتزامات المركبة

القانون الفرنسي :

الالتزامات المركبة هي العقود المتضمنة شروطًا كالأجل أو الضمان أو عدم الانفراد إلخ

أولًا - الشرط : وهو حادث مستقبل وغير محقق يتعلق بوجود أو عدم وجود حق عليه .

وأسباب الإلغاء المتعلقة بالشرط هي :

1 - الشرط المستحيل وغير القانوني ، وهو الشرط المستحيل حصوله كلمس السماء ، وغير القانوني كالمخالف للقوانين العامة أو للآداب (كإن لمست السماء بإصبعك أعطيك ألفًا ، وإن صفعت فلانًا قلمًا فلك مائة فرنك مثلًا)

وحكم ذلك أن العقد الملزم للطرفين كالبيع يكون باطلًا بطلانًا عامًا .

والعقد الملزم لطرف واحد كالهبة والوصية يبطل الشرط ويصح العقد ، وكأن الشرط لم يكن .

2 - الشرط الاختياري ، وهو ما كان وجوده متعلقًا بإرادة أحد الطرفين . والشرط الاختياري نوعان : الأول ما كان متعلقًا بإرادة المدين خاصة نحو : إن أردت ، والثاني ما كان متعلقًا بإرادة أحد الطرفين وبالصدف ، (كإذا ذهبت إلى مكان كذا) وكان ممكنًا .

وحكم ذلك أنه في العقود الملزمة للطرفين فيما كان متعلقًا بإرادة المدين يكون العقد لاغيًا ، وصحيح فيما إذا كان متعلقًا بإرادة الطرفين والصدف ، وأنه متى تحقق الشرط صح .

وفي العقود الملزمة لطرف واحد فالعقد باطل بإدخال شرط كهذا فيه .

نتائج الشرط :

أولًا - الشرط المعلق :

1 - قبل حصول الشرط : حق الدائن موجود بشرط ولكن غير نهائي ، محقق غير موجود بصفة نهائية فينتج :

(أ) أن الدائن لا يمكنه إجبار المدين على التنفيذ قضائيًّا قبل وجود الشرط .

(ب) إذا دفع المدين دينه للدائن خطأ قبل وجود الشرط فله استرجاعه؛ لأنه دفع مالم يجب عليه .

وينتج من أن حق الدائن موجود بشرط ما يأتي :

(أ) أن الدائن يمكنه اتخاذ إجراءات تَحَفُّظِيَّة ضد مدينه .

(ب) إذا مات الدائن انتقل حقه المعلق بشرط إلى ورثته معلقًا بنفس الشرط .

2 - بعد حصول الشرط : متى حصل الشرط وجد الحق وكأنه موجود من تاريخ التعاقد ، ويعمل وجوده في الماضي من يوم التعاقد وكأنه لا شرط .

3 - في حالة عدم تحقق الشرط : متى تخلف الشرط فلا التزام وكأنه لم يكن هناك تعاقد قط [1] .

بند [142] الالتزامات المركبة

التشريع الإسلامي :

لا مانع شرعًا يمنع من تسمية الالتزامات أو العقود المتضمنة شروطًا أو أجلًا أو ضمانًا أو عدم انفراد إلخ التزامات مركبة .

فالشرط هو ما يتمسك به أحد المتعاقدين ويكون منتظرًا حدوثه ، ويترتب عليه تعليق نفس الحق وجودًا وعدمًا ، كإن شفى الله مريضي فلك مائة قرش ، أو إن تزوجت بهند هذه فلا حق لك عندي ، وقد كان يداينه في مبلغ مشروط فيه هذا الشرط .

فإن كان الشرط مستحيلًا كإن لمست السماء ووقع في عقود تقبل التعليق فلا تنعقد هذه العقود ، بل تقع باطلة كوهبتك أو أعطيتك مائة إن لمست السماء .

وإن كان الشرط حرامًا فعلًا أو قولًا فهو غير لازم شرعًا ، فالعقد على المستحيل [2] والمحظور شرعًا باطل ؛ فالذي ينبني عليه كذلك ، وما لا يجوز فعله لا

---

(1) انظر : البنود من 1168 إلى 1182 ، في الفصل الأول من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 262 ، 263 .

(2) قاعدة : العقد على المستحيل والمحظور شرعًا باطل .

يجوز أخذ الجعل عليه كإن آذيت فلانًا فلك مائة جنيه مثلًا فهذا غير لازم [1] .

فإن كان العقد لا يقبل التعليق كالبيع ، وكان عقدًا معلقًا بشرط مستحيل بطل العقد أصالة .

وإن كان الشرط جائز الحصول وكان ممكنًا من أحد الجانبين ، فإن كان من الملتزم كالبائع مثلًا كإن أردت (بعتك داري متى شئت) بطل العقد في عقود التزام الطرفين وكذا في غيرها لتعليق الحق بمشيئته ، ولا يعلم متى يشاء فهي مجهولة الوجود ، وأما جهل القدر المتبرع به مثلًا كوهبتك ما في جَيْبِي أو فاضلَ ربحي هذا العام فهي صحيحة ؛ لأن الجهالة في القدر المتبرع به لا في نفس وجود الحق .

فإن علق البائع مثلًا انعقاد البيع على إرادة زيد أو مشيئة عمر صح وكان كالخيار ، فإن علقه على مشيئة الله بطل ؛ لأنها غير معلومة لنا .

فإن علق الهبة على فعل جائز كإن دخلت داري فلك ألف ، أو إن جاء زيد

---

(1) قد تنطوي المعاملة على عقد واحد كبيع أو إجارة أو هبة ، كما أنها قد تشتمل على عدة عقود مركبة أو مختلطة معا . من ذلك عقد بيع منزل مع الاتفاق على استئجار البائع هذا المنزل لسكناه فيه مدة معينة ، فهو ليس عقد بيع وحده أو إجارة وحدها ، وإنما تتركب المعاملة منهما معًا . وقد أجاز علماء المذهب الحنفي العقود المركبة التي جرى بها تعامل الناس ، من ذلك : « أن يشتري نعلًا على أن يحذوه البائع ، أو جرابًا على أن يخرز له خفًّا ، أو ينعل خفه ، والقياس ألا يجوز . وهو قول زفر رحمه اللّه . وجه القياس : أن هذا شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد العاقدين وأنه مفسد .. ولنا أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع ، فسقط القياس بتعامل الناس » (البدائع 170/5) ومن هذا القبيل البيع مع اشتراط كفيل بالثمن ، ففيه بيع وكفالة . وبشبهه البيع مع اشتراط رهن المبيع للتوثق بالثمن (المبسوط للسرخسي 19/13) وقد ورد في المدينة (402/9) قال مالك فيمن باع سلعة بثمن على أن يتجر له بثمنها سنة : أنه إن كان الشرط إن تلف المال أخلفه له البائع حتى يتم عمله بها سنة جاز ، وإلا فلا خير فيه . وإنما جاز البيع والإجارة لأن « مالكًا يجيز البيع والإجارة أن يجتمعا في صفقة واحدة » . ولا بأس عند الشافعية بالجمع بين أكثر من عقد في صفقة واحدة إذا لم تتناقض أحكام العقود المجتمعة . ويصح لهذا دون تردد الجمع بين عقدين « متفقين كشركة وقراض ، بأن خلط ألفين له بألف لغيره ، وشاركه على أحدهما وقارضه على الآخر » .

ويصح عند الحنابلة أن يجمع المتعاملان في معاملة واحدة بيعًا وإجارة أو صرفًا بعوض واحد (كشف القناع 74/2) ويصح عندهم اشتراط البائع نفع المبيع مدة معلومة كأن يبيع دارا ويستثنى سكناها سنة أو دابة ويشترط ظهرها إلى مكان معلوم .

الشرح الكبير مع المغني 49/4 . وراجع نظرية العقد في الفقه الإسلامي . د . محمد سراج ص 30 .

فلك مائة صح العقد ، وتوقف على وجود الشرط ، وكذلك قوله : إن شفى الله مريضي فلك مائة ، ومتى تحقق الشرط وهو دخول الدار ، أو مجيء زيد ، أو شفاء المريض وجب أداء المشروط ويقضى على الملتزم بها [1] .

وإن كان الشرط من الملتزم له وهو المشتري فإن كان يعود على نفس الالتزام بما ينافيه لا يصح كأن يلتزم المشتري بعدم بيع ما اشتراه ولا استعماله كركوب دابة مثلًا فهو شرط باطل . والعقد المشتمل عليه باطل ، وكذا إن اشترط عدم أداء الثمن إلا كما يشاء أو إلى أجل غير مسمى فالعقد باطل [2] .

وعلى الجملة فالتكلم على مثل هذه الشروط في غير أبوابها خلط ؛ لأن كل عقد له شروط وأركان قد تتنافى مع شروط العقد الآخر . فمن باب حصر الإفادة والاستفادة يجب الرجوع إلى كل باب على حدة لتعرف ذلك فيه ، ولكنا فعلنا هذه المقارنات تبعًا لما توخيناه من السير كما سار عليه هؤلاء المؤلفون .

وقد سبق الكلام عليه في العقد بشرط فارجع إليه إن شئت .

---

(1) تناولت المواد 365 مصري ، 251 مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، 393 مدني أردني تعريف الالتزام المعلق على الشرط بما إذا كان وجود هذا الالتزام أو زواله معلقا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع . ويتفق ذلك مع ما جاء في تعريف المادة 315 من مرشد الحيران لهذا النوع من الالتزام ، وكذا المادة 82 من المجلة العدلية . وقد تناولت أحكام هذا النوع من الالتزام المواد 366 – 370 مدني مصري والمواد 252 – 256 مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمواد ، 394 – 401 من القانون المدني الأردني . وهو ما تناولته المواد 315 – 322 من مرشد الحيران ، وراجع الموضوع في حاشية ابن عابدين 687/2 وما بعدها والبدائع 126/5 وحاشية الدسوقي 91/3 والمغني لابن قدامة 66/4 وما بعدها .

(2) تقدم أن الشرط أمر مستقبل محتمل الوجود ويترتب على حدوثه حدوث الالتزام ونشوئه . وعليه فلا يكون للالتزام وجود إن علق على شرط غير ممكن الحدوث أو كان هذا الشرط مخالفًا للنظام العام والآداب . ويجري التمييز في الاصطلاح القانوني بين ما يسمى بالشرط الواقف إن كان المترتب على وجود الشرط قيام الالتزام ، أما إن ترتب على حدوث الشرط غياب الالتزام وإنهاؤه فيسمى بالشرط الفاسخ ، كالاتفاق على إنهاء عقد الإيجار إن عينته الحكومة في بلد آخر . وهذا الاصطلاح القانوني ليس موجودًا في الفقه الإسلامي ، ومع ذلك فإنه تقسيم غير بعيد عن قواعد الفقه الإسلامي . ولهذا لم يستخدم القانون الأردني في المواد المشار إليها في الهامش السابق أيا من مصطلحي الشرط الواقف أو الفاسخ .

بند [143] حق معلق على شرط وحق مستقبل

القانون الفرنسي :

بين الحقين اتفاق في أن كلًّا منهما خاضع لحادث مستقبل معلق عليه ، فالحق المعلق على شرط تحققه تابع لتحقق شرطه ، والحق المستقبل خاضع لوفاة المورث .

ويختلفان فيما يأتي :

1 - الحق المعلق على شرط أقوى من الحق المستقبل ؛ لأن الأول لا يمكن رفعه عن صاحبه وحرمانه منه ، والثاني يمكن للمورث التصرف في ملكه بهبة أو وصية لغير الوارث ، فليس عند الوارث إلا أمل في الميراث .

2 - يمكن لمالك الحق بشرط أن يتصرف فيه ببيع أو رهن أو أي تصرف فقط يكون خاضعًا للشرط المعلق بخلاف الحق المستقبل ، فلا يجوز التصرف فيه بأي تصرف من هذه قبل تحققه .

3 - متى تحقق الشرط عمل به في اليوم الماضي من يوم الالتزام ، ومتى وجد الحق المستقبل فلا يُعْمَل به إلا من يوم تحققه فقط .

ثانيًا - الشرط الملغى :

الشرط الملغى قسمان : شرط ملغ صريح ، وشرط ملغ ضمني ، وهما يكونان في عقد الالتزام الملزم من الطرفين ، وحكمه كالآتي :

1 - قبل حدوث الشرط : للدائن الحق في طلب تنفيذ الالتزامات .

2 - بعد حصول الشرط : يعمل به في الماضي من يوم الالتزام ، وكأنه لم يكن هناك التزام أو تعاقد ، وما تعاقد عليه المشتري من حقوق عينية يصبح لا قيمة له .

3 - عند عدم حصول الشرط تعتبر الالتزامات كأنها بدون شرط ولا قيد ، وتُنَفذ من الجانبين .

ضمان الخسارة في حالة الشرط المعلق :

يفترض وجود ظرفين لتحقق حكم الخسارة :

1 - يلزم أن يكون فقد الشيء الملتزم به حصل قبل حصول الشرط ، فإن فقد

بعد حصول الشرط انتقلت المسألة إلى ضمان الخسارة في تعاقد بسيط ، وقد تقدم حكمه .

2 – يلزم أن يتحقق الشرط ؛ لأنه عند عدم تحقق الشرط يفرض أنه لم يكن ولا وجود له من وقت الالتزام .

ومتى تحقق الظرفان ، وتلف الشيء الملتزم به كلية كانت الخسارة على المدين ، وهو البائع مثلًا ، وليس له مطالبة المشتري بالثمن . فإن كان التلف جزئيًا فعلى المدين أيضًا . غير أن المشتري بالخيار بين قبول ما بقي من الشيء محل الالتزام بالثمن جميعه بدون نقص فيه ، وبين عدم القبول .

ضمان الخسارة في حالة الشرط الملغى :

يلزم افتراض أن التلف الطارئ حصل قبل تحقق الشرط ، ثم تحقق الشرط بعد ذلك ، ولا يوجد نص قانوني على الحكم؛ ولذا اختلف العلماء ، والرأي المعمول به أن الخسارة يتحملها المشتري مثلًا في البيع [1] .

بند [144] الحق المعلق على شرط ملغ والحق المستقبل

التشريع الإسلامي :

الحق المعلق على شرط (كإن شفى الله مريضي فلك ألف قرش) تحققه تابع لتحقق الشرط [2] وهو شفاء المريض . والحق المستقبل كحق الوارث في الميراث خاضع لوفاة المورث ، فالحق في كل منهما موجود .

فالحق المعلق على شرط قد لا يتحقق شرطه فلا يوجد ، والحق المستقبل يمكن ألا يكون كأن يموت المورث فقيرًا أو يموت الوارث قبل استحقاقه الميراث ، وقد يبيع المورث أملاكه قبل وفاته فلا يترك ميراثًا . وليس للمريض أن يهب أو يتصدق

---

(1) انظر : البنود من 1183 إلى 1188 ، في الفصل الثاني ، من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 263 : 265 .

(2) قاعدة : الحق المعلق على شرط تحققه تابع لتحقق الشرط . وهذه القاعدة ثابتة في المادة 400 من القانون المدني الأردني بلفظ « المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط » ، وهو قريب من لفظ المادة 82 من المجلة العدلية .

أو يوصي من ماله بأزيد من الثلث لغير الوارث والوارث لا تجوز له الوصية .

التصرف في الحق المعلق (كإن قدمنا إلى المدينة فلك منزلي مثلًا) يجوز ، وهو خاضع للشرط ؛ لأنه أقرب إلى الوجود منه إلى العدم حيث كان الشرط ممكنًا بخلاف الحق المستقبل ، فلا يجوز لوارث قبل تحقق استحقاقه أن يتصرف فيه لا ببيع ولا هبة ولا غيره على الأصح . وقيل : إن وهبه حال مرض مورثه الذي مات فيه لزمه . وقيل : لا [1] .

الحق المستقبل يتلقاه صاحبه كما انتقل إليه بما له وما عليه . وأما الحق المعلق فإن كان الالتزام لأجل معين كسنة أو شهر ، وكان الشيء الملتزم به معينًا كبيت ودابة فإن الملتزم يُمْنَع من بيعه وإخراجه عن ملكه . فإن كان الأجل مجهولًا كإن جاء فلان أو إن شفى الله مريضي فإنه لا يمنع من البيع ، وكذا إن كان الشيء ليس معينًا .

فلو ضاع الشيء الملتزم به أو تلف بتفريطه لزمه قيمته إن كان قيميًّا أو مثله إن كان مثليًّا .

أما الشرط الملغى وما يترتب عليه فقد سبق الكلام عليه فارجع إليه إن شئت .

وأما ضمان الخسارة في الشرط المعلق فقد سبق الكلام عليه في البيع بشرط (كإن لم تأت بالثمن لمدة كذا فلا بيع بيننا) . وقد بينا أن الضمان في البيع الصحيح يلزم المشتري بمجرد العقد ، وفي العقد الفاسد يلزم المشتري بالقبض ، وبيَّنا حكم عدم الوفاء بالالتزام بعد حلول وقت الأداء بما لا مزيد عليه فارجع إليه إن شئت .

وكذلك أبَنَّا ضمان الخسارة في حالة الشرط الملغى .

---

(1) تقدم تحديد المواد القانونية التي تناولت ثبوت المعلق بالشرط عند وقوع المعلق عليه . ولعل القانون المدني الأردني هو الأقرب إلى اصطلاحات الفقه الإسلامي في ذلك ، حيث لم يجر استخدام مصطلحي الشرط الواقف والفاسخ في المواد التي تناولت الالتزام المعلق على شرط ، أما غيره من القوانين المدنية العربية فقد تابعت القوانين الغربية في استخدام هذا الاصطلاح .

بند [145] الأجل

القانون الفرنسي : الأجل هو حدث مستقبل محقق الوقوع متعلق باستعمال أو بوجود الحق .

نتائج الأجل المعلق

تتخلص نتائج الأجل في أمرين :

الأول : أن الأجل لا يمنع الالتزام من الوجود . ومعنى هذا أن المدين لو دفع قبل الأجل فليس له استرجاع ما دفع بدعوى أنه أدى ما لم يجب عليه .

الثاني : الأجل يؤخر طلب الالتزامات ، فليس للدائن إلزام المدين بتنفيذ التزاماته ، ولكن له اتخاذ طرق تَحَفُّظِيَّة ضد مدينه .

التنازل عن الأجل :

المفروض أن الأجل في الالتزامات لصالح المدين ، فله حق التنازل عن الأجل وإلزام الدائن بقبول دينه ، إلا إذا كان مشروطًا أن التنازل عن الأجل حق للدائن فلا يصح جبره على قبول حقه ، وإلا إذا كان الأجل للمصلحة العامة ، أو لصالحهما معًا ، فلا يصح التنازل من أحدهما فقط .

وبما أن الأجل من حق المدين فيحرم منه لأحد أمرين :

أولًا : الإفلاس ، متى أفلس المدين حلت جميع ديونه المؤجلة وكذا من أعسر عن الدفع أو صفَّى ديونه اختياريًّا .

ثانيًا : نقص الضمان المالي بفعل المدين عن وقت الالتزامات فتحل الديون المؤجلة ؛ لأنه ليس أهلًا لمنحه هذا الحق ما دام يعمل على ضياع ثقة دائنيه فيه .

فإن نقص الضمان بحال لا دخل للمدين فيها فالمدين بالخيار : إما أن يدفع دينه قبل أجله ، أو يقدم للدائن ضمانًا كافيًا لدينه ، وعلى الدائن القبول فلا يحل الدين .

الأجل المنحة :

الأجل المنحة مقابل للأجل الاتفاقي أو القانوني . وهو الأجل الذي تمنحه المحكمة إلى المدين التعيس ليتمكن من سداد دينه . ولا يُمْنَح الأجل القضائي في

الأحوال الآتية :

(1) لا يمنح للمدين في شيك مسحوب على البنك ولا في سند تحت الأمر؛ لأن هذه أعمال تجارية يجب أن تدفع في مواعيدها مهما كانت الدواعي ، لتأكد سير التجارة .

(2) لا يمنح لمدين البنك العقاري الفرنسي لوجود قانون ينص على ذلك لمصلحة البنك .

(3) لا يمنح لمدين حكم عليه بدفع دينه ، فلا يرفع المدين لمحكمة أخرى ولا للمحكمة التي حكمت عليه طلبًا لمنح الأجل .

(4) لا يمنح لمدين في بيع حبوب أو سندات مالية بعد حلول أجل التسليم .

(5) لا يمنح في البيع الوفائي .

والفرق بين الأجل الاتفاقي أو القانوني والأجل المنحة ما يأتي :

(1) الأجل المنحة لا يمنع التعويض بخلاف الأجل الاتفاقي .

(2) الأجل المنحة لا يمنع حجز ما للمدين تحت يد الغير .

(3) الأجل المنحة يزول لأسباب كثيرة ، منها توقيع حجز من آخر على أموال المدين [1] .

بند [146] الأجل

التشريع الإسلامي : هو مدة من الزمن لا يجب الوفاء بالالتزام فيه أو لا يباشر صاحب الحق استيفاءه فيه ، فالبيع سلمًا أو الهبة بعد أجل يجب الوفاء بالالتزام فيهما بعد مرور الأجل [2] . فنفس الحق موجود ، ولكن استيفاءه أو لزوم أدائه مقرون بمرور الأجل .

فمن اقترض أو اشترى شيئًا لأجل فإن الأجل لا يوقف الالتزام لحصوله عند

---

(1) انظر البنود : من 1185 إلى 1188 ، في الفصل الثاني ، من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول .

(2) قاعدة : البيع بالسلم يجب الوفاء بما يوجبه من بعد مرور الأجل .

القرض أو عقد الشراء ولا يعلقه [1] ، وإنما هو غاية للإيفاء ؛ فيؤخر تنفيذ الالتزام بالنسبة لأحد الجانبين مدة من الزمن وهي مدة الأجل ، فمن أدى ما التزم قبل حلول أجل الالتزام فقد أدى ما وجب عليه فلا رجوع له [2] .

وللغريم (الدائن) ولو تأجل دينه منع مدينه من إعطاء غيره من الغرماء قبل الأجل ، ومن إعطاء كل ما بيده للغريم ولو حل دينه . وللغريم منع من أحاط الدين بماله أو ساواه من تبرعه [3] . ومعنى هذا أن لصاحب الحق المؤجل اتخاذ الطرق التحفظية التي تكفل وجود ضمان في أموال مدينه للوفاء، ولكن ليس له طلب إفلاسه ولا منعه من التصرف بمعاوضة ؛ لأنه يشترط لذلك حلول دين الدائن .

التنازل عن الأجل :

قد يكون الأجل من حق المدين فقط ؛ فله التنازل عنه وجبر الدائن على قبول الدين . وقد يكون الأجل من حقهما معًا ؛ فلا يجوز التنازل عنه من أحد الطرفين بل لا بد من رضاهما معًا ، وقد يكون الأجل من حق الدائن فهو صاحب الحق فيه

---

(1) قاعدة : الأجل لا يوقف الالتزام وإنما يؤخره إلى مدته .

(2) تناولت المواد 271 – 273 مدني مصري ، والمواد 257 – 261 مشروع مدني مصري طبقًا للشريعة الإسلامية موضوع الالتزام لأجل ، عندما يكون نفاذه أو انقضاؤه مرتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع ، وأحكام هذا الالتزام المؤجل . وهو ما تناولته المواد 329 – 332 كويتي ، والمواد 291 – 295 عراقي ، والمواد 402 – 406 مدني أردني . وقد تناول الفقهاء المسلمون هذا النوع من الالتزام ، وأوجبوا معلومية الأجل ، ولو بنحو توسع كقدوم الحاج وزمن الحصاد ، وأجازوا التأجيل بنظر القاضي وأمره ، رغم التسليم بأن الأساس في تحديده هو الاتفاق والتراضي بين المتعاقدين (حاشية الدسوقي 279/3) وبينت المادة 320 من مرشد الحيران أن العقد المضاف هو ما كان مضافا إلى وقت مستقبل ، كما نصت المادة 156 من المجلة العدلية على أن التأجيل هو تعليق الدين وتأخيره إلى وقت معين ، كما نصت المادة 157 من المجلة العدلية على أن التقسيط هو تأجيل أداء الدين منصرفًا إلى آجال معينة . وقد رجحت القوانين المشار إليها عدم إسقاط الأجل بموت الدائن لا المدين ، وبسقوط الآجل إذا حكم على المدين بإفلاسه ، وكذا إذا تنازل عنه صاحب المصلحة فيه . راجع في هذا المادة 214 من مرشد الحيران التي نصت على أن الأجل لا يسقط بموت الدائن ويحل بموت المدين. وهو مذهب الأحناف والشافعية ، خلافًا للمالكية ، الذين ذهبوا إلى عدم انتهاء الأجل بموت المدين إذا اتفق مع الدائن على ذلك (الدسوقي 265/3) . راجع في هذا النوع من الالتزام المواد 156 ، 157 ، 248 من المجلة العدلية .

(3) الشرح الصغير (137/3) وما بعدها .

بلا جبر عليه .

وللأجل علاقة قوية بمحل الاقتضاء أو الأداء المشروط الأداء فيه أو محل العقد إذا لم يكن هناك محل مشترط .

وقد يكون الدين ترتب في ذمة المدين من بيع شيء مؤجلٍ تسليمه المعروف بالسلم . وقد يكون الدين من قرض . وقد يكون الدين عُرُوض تجارة أو عينًا (ذهبًا أو فضة) ، ولكل حالة من هذه الأحوال حكم خاص كما ترى [1] .

أولًا - جاز قبل حلول الأجل قَبُولُ المسلَم فيه (المبيع لأجل) بصفته فقط ، كما يجوز قبولُهُ قبل المحل المشترط إن حل الأَجل [2] .

فاقتضاء المسلم حقَّه ممن هو عليه جائز بلا جبر حيث قضاه قبل الأجل أو المحل ؛ لأن الأجل في السَلم حق لكل من المتعاقدين في غير النقد .

فإذا كان المسلَم فيه نقدًا أجبر المسلِم على قبوله قبل الأجل إن طلب المسلم إليه ؛ لأن الأجل حق لمن عليه الدين .

وإن كان الدين قرضًا فيجبر المقرض على قبوله قبل أجله كان القرض عينًا أو غيره .

ولزم المشتري القبول والبائع الدفع بعد الأجل والمحل .

ثانيًا : لا يلزم المسلم إليه دفع السلم ولا المسلم قبوله بغير محله المشترط ، أو محل العقد عند عدم الشرط ، ولو خف حمله ، إلا أن يرضيا بذلك وذلك إذا كان الدين غير عين .

فإن كان الدين عينًا فالقول لمن طلب القضاء منهما حيث حل الأجل ولو في غير محل القضاء ، فيلزم رب الدين قبوله إذا دفعه له من هو عليه ، ويلزم من هو

---

(1) شرط صحة السلم تعجيل رأس المال على تفصيل فيه إلخ .

راجع باقي تفصيلات الجائز والممنوع في السلم . الشرح الصغير جـ 3 ص 105 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 202 وما بعدها .

(2) وجاز قبل حلول الأجل قبوله ، أي المسلم فيه بصفته التي وقع عليها ، لا أزيد ولا أنقص . الشرح الصغير (113/3) .

عليه دفعه لربه إذا طلبه ولو في غير محل القضاء [1] .

ثالثًا : فإذا لم يحل الأجل فالحق لمن عليه العين في المكان والزمان . فإذا طلب المدين تعجيل العين قبل انقضاء الأجل ، أو طلب دفعها في غير محل القضاء فإنه يجبر ربها على قبولها كانت العين من بيع أو قرض - إلا إذا وجد خوف قبل الزمان أو المكان فلا يجبر من هي له على قبولها إلا بعد الزمان أو المكان المشترط ربها قبضها فيه - فلو أجبره على قبولها وتلفت منه ضاعت على الدافع ، ولا فرق بين عين البيع والقرض على المعتمد هذه الأحكام عند عدم الشرط بين الطرفين في حق الأجل ، فإن كان شرط عُمِل به .

فعلم من هذا التفصيل أن الحق في الأجل للمدين بعين من بيع حال أو سلم ، وللمدين أيضًا من قرض عينًا أو غيره فله أن يتنازل عنه كما له أن يتمسك به ، ولكنه يحرم منه جبرًا في :

أولًا : الإفلاس بالمعنى الأخص [2] - وهو الحكم بخلع مال المدين لغرمائه - فيحل بهذا التفليس ما أُجِّلَ من الدين الذي على المفلس للغير ، إلا لشرط بعدم الحلول بالفلس فيعمل بالشرط ولا يحل الدين بالتفليس إذن . وأما الدين الذي للمفلس على غيره فلا يحل إلا بحلول أجله [3] .

وأما إنقاص الضمان المالي عن وقت الالتزام فلا يحل به الدين ؛ لأن المشرع جعل للدائن حق الرقابة البعيدة على تصرف مدينه فإن فرط في حقوقه بما ينقص مقدرته على الوفاء جاز للدائن رفع القضايا باسمه كدائن لحفظ مال مدينه . وإن تصرف تصرفًا يفقره قاصدًا تعجيز نفسه عن الوفاء بالتزاماته جاز لدائنه طلب بطلان هذه

(1) بينت المادة 259 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية أن المفترض في الأجل أنه ضرب لمصلحة المدين ، إلا إذا تبين من العقد أو من نص القانون أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معًا ، وأن صاحب المصلحة في الأجل بعد تبينها هو الذي يستطيع أن يتنازل عن الأجل ، ويتفق ما أتت به هذه المادة مع المواد 294 عراقي ، 331 كويتي ، 405 أردني . ويتفق هذا مع ما عبرت عنه المادة 212 من مرشد الحيران .

(2) تناول الدردير الإفلاس في الشرح الصغير جـ 3 ص 137 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 202 .

(3) تناولت المادة 273 مدني مصري والمادة 261 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية الحكم بسقوط الأجل في الالتزام بإفلاس المدين ، وهو ما جاء في المادة 295 عراقي والمادة 332 كويتي والمادة 404 من القانون المدني الأردني .

ويستند ما أخذت به هذه المواد من الحكم بحلول الأجل بإفلاس المدين وإعساره إلى الفقه المالكي الذي اختلف مع الفقه الحنفي والشافعي . وعن أحمد في حلول الديون المؤجلة بتفليس المدين روايتان .

شرح الزرقاني 267/5 وحاشية الدسوقي 266/3 والمغني 435/4 وكشاف القناع 437/3 .

التصرفات . وهذا منتهى ما يمكن من حفظ حق الدائن [1] . لكنا لو أبحنا للدائن نقض الأجل لمجرد تصرف المدين تصرفًا ينقص في قدرته المالية لجعلنا المديونية سببًا مباشرًا في الرقابة الفعلية على تصرفات المدين ، وهو لا يتفق مع مطلق التصرف فيما يملك ، ولو سلمنا بهذا لحصل تنازع دائمًا بين الدائن والمدين في كل تصرف يرى الدائن أنه منقص لقدرة غريمه على الدفع [2] ، لهذا كان المشرع الإسلامي حكيمًا في

---

(1) تناولت المادة 237 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة 263 من التقنين العراقي . والمادة 310 من التقنين الكويتي موضوع إحاطة الدين بأموال المدين وحق دائنيه في منعه من التصرف في ماله بالتبرع بهبة أو صدقة . وهو ما تناولته المادتان . 370 و 371 من التقنين الأردني . فالمادة 370 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا أحاط الدين حالًّا أو مؤجلًا بمال المدين بأن زاد عليه أو ساواه فإنه يمنع من التبرع تبرعًا لا يلزمه ولم تجر العادة به وللدائن أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه » . والمادة 371 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا طالب الدائنون المدين الذي أحاط الدين بماله بديونهم فلا يجوز له التبرع بماله ولا التصرف فيه معاوضة ولو بغير محاباة ، وللدائنين أن يطلبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه في حقهم . ولهم أن يطلبوا بيع ماله والمحاصة في ثمنه وفقًا لأحكام القانون » .

وأسس دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة في حق دائنيه قائمة في الفقه المالكي . ففي هذا الفقه تتقيد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله حتى قبل الحجر . فلا تسري في حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم التي صدرت منه قبل أن يحجر عليه الحاكم . ويجب لذلك توافر الشروط الآتية :

أولًا : أن يكون المدين قد أحاط الدين بماله . وذلك بأن تكون ديونه ، الحالة منها والمؤجلة ، أزيد من ماله أو مساوية له (الخرشي جـ 5 ص 263 . حاشية الدسوقي جـ 3 ص 262 و 263) .

ثانيًا : أن يكون المدين عالمًا وقت التصرف بأن الدين محيط بماله (الحطاب جـ 5 ص 35) .

ثالثا : أن يكون التصرف الصادر من المدين ضارًا بحقوق الدائنين . فلا يسري في حقهم إذا كان تصرفًا مفقرًا يجرد المدين من ماله دون مقابل ويكون سببًا في إعسار المدين أو في زيادة إعساره (حاشية الدسوقي جـ 3 ص 262 - 264 الخرشي جـ 5 ص 263 و 264 و 265) .

(عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 5 ص 181 - 192) .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 79) .

(2) تفيد المادتان 741 ، 742 من مجلة الأحكام العدلية أن إضعاف المدين بفعله ما أعطاه الدائن من تأمين خاص قد يوجب حلول الدين المؤجل ، وهذا خلاف ما استشعره المؤلف ، وقد تناولت المادة 273 مدني مصري ، والمادة 261 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية أحوال سقوط حق المدين في الأجل ، وذلك إذا شهر إفلاسه أو ثبت إعساره بأن كانت أمواله لا تفي بديونه الحالة ، أو إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص .. أما إذا كان إضعاف التأمين ونقصه راجعًا إلى سبب لا دخل للمدين فيه فإن الأجل يسقط كذلك إذا لم يقدم المدين للدائن ضمانًا كافيًا . ويسقط الأجل في الدين إذا لم يقدم المدين التأمينات التي وعد المدين في العقد بتقديمها .

قصر حلول الأجل في الالتزام المؤجل على التفليس الفعلي .

الأجل المنحة :

والأجل المنحة هو ما يراه القاضي من المصلحة العامة كمدين عتت عليه ظروف لو أجله القاضي لقام بالسداد ، فيتعين على القاضي إجابة طلبه بالإمهال . فإذا ثبت أن المدين غير مماطل دفع كل ما يملك لغرمائه وطلب بعضهم إفلاسه مع نيته الطيبة بالوفاء فلا يجيبه القاضي للحكم بالإفلاس ، ويؤجل هذا المدين أجلًا يمكّنه من السداد ما لم يكن مشهورًا بالمطل والمراوغة في سداد ديونه ؛ فلا يجيبه القاضي [1] .

ومتى حكم عليه بدفع دينه لشغل ذمته وجب عليه الوفاء و الدفع لما التزم به ، ولا يمنح أجلًا للوفاء بعد إلزامه بالدفع إلا إذا ثبت عسره فيجب انتظار ميسرته .

ولا فرق بين بيع حبوب أو سندات أو غيرها ، فكلها التزامات يجب الوفاء بها [2] .

بند [147] الالتزامات التخييرية

القانون الفرنسي : الالتزامات التخييرية هي التعاقد على شيئين أو أكثر في عقد واحد ، بحيث يكون لأحد الطرفين الخيار في قبول أحدهما وتبرأ ذمة المدين متى أدى واحدًا من مواد الالتزام .

---

(1) يجوز للقاضي أن يمهل المدين ويؤجله بناء على طلبه إذا كان التأجيل متفقًا عليه بين الطرفين ، وانتهى الأجل ولم يف المدين بالدين في الوقت المحدد ، وذلك إذا رأى القاضي أن المدين غير قادر على الوفاء في هذا الوقت ، وأن إمهاله سيزيد من قدرته على الوفاء وهذا هو معنى قوله تعالى ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ .

(2) تناولت المادة 272 من القانون المدني المصري حق القاضي في تأجيل الدين عن الموعد المتفق عليه ، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه . وهو ما تناولته المادة 260 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، والمادة 297 من التقنين العراقي . والمادة 403 من التقنين الأردني . والمادة 334 من التقنين الكويتي .
وتستند هذه المواد إلى ما جاء في الآية الكريمة : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ . انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 279/3 .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 84) .

وقد تتحول الالتزامات التخييرية إلى التزام واحد بسيط عندما يهلك أو يتلف أحد مادة التعاقد ، ولم يبق إلا واحد فيتعين أداؤه ، وعندما يكون الثاني من مواد التعاقد لا يصلح للالتزام قانونًا فيتعين ما يصلح .

واختيار مادة التعاقد في الالتزامات التخييرية يكون للمدين عادة ، ويصح جعله للدائن بشرط . والاختيار لا يتجزأ . وتبرأ ذمة المدين بفقد مادة التعاقد الكلي ، ولكن إن فقد أحد مادة التعاقد وجب عليه إعطاء الآخر .

الالتزام الاختياري :

وهو الالتزام بشيء محدد مع إعطاء المدين الحق في التعويض عنه بشيء آخر محدد أيضًا ، كضريبة العمل في البلدية ثلاثة أيام . فقد حتم القانون دفع أجر عامل ثلاثة أيام مثلًا على كل ممول . وأباح له أن يقدم نفسه للعمل شخصيًا ثلاثة أيام فأيهما فعل أبرأ ذمته .

الفرق بين الالتزامات التخييرية والالتزامات الاختيارية أن كلًّا منهما تبرأ ذمة المدين متى أدى واحدًا من مادة الالتزام المتعددة حسب اختياره . ويختلفان في أن الالتزامات المتعاقد عليها تجب جميعها في الالتزامات التخييرية ، وفي الالتزامات الاختيارية يجب واحد منها فقط ، والثاني ليس بواجب بل اختياري ، وينتج من ذلك :

(1) أنه في الالتزام الاختياري متى فقد أو تلف المتعاقد عليه بقوة قاهرة فقد برئت ذمة المدين ، وليس ملزمًا بأداء ماخير فيه من مادة التعاقد بخلاف الالتزام التخييري فيجب عليه أداء الشيء الثاني متى كان موجودًا .

(2) أنه في الالتزام الاختياري متى كانت مادة الالتزام لا تصلح للتعاقد فليس المدين ملزمًا بشيء كما إذا كان غير قانوني أو ضد الآداب العامة ، بخلاف الالتزامات التخييرية فإن المدين ملزم بأداء المادة الأخرى متى كانت قانونية للتعاقد [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1189 إلى 1196 ، في الفصل الثالث ، من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 265 ، 266 .

بند [148] الالتزامات التخييرية [1]

التشريع الإسلامي : يجوز التعاقد على التزامات تخييرية ، كأن يبيع زيد أحد ثوريه الموصوفين الغائبين عن مجلس البيع ، ويجعل الخيار للمشتري في أيهما شاء أخذه بثمن كذا . ومتى أحضر البائع ثوريه واختار المشتري أيهما فقد لزم البيع وبرئت ذمة البائع . فإن كان الخيار للبائع كأن يقول : بعتك أحد ثوري الذي أريده ، وكان الثوران موصوفين سنًّا ونوعًا وقوة إلخ ، وقبل المشتري على ذلك فالخيار للبائع قطعًا ، ومتى أدى أحدهما فقد برئت ذمته .

فإن كان الخيار للبائع ، وفقد أحد الثورين ؛ وجب عليه تقديم الآخر إلى المشتري . فإن تلفا معًا أو ماتا فقد تلاشت مادة التعاقد ؛ فلا بيع ولا التزام متى كان بدون تعد من الملتزم . وهذا الالتزام التخييري كفرض الكفاية فهو واجب على الجميع ، ولكنه يسقط بفعل واحد منهما كالصلاة على الميت ، فهي فرض كفاية على المسلمين كافة ، ومتى فعلها واحد منهم سقطت عن الجميع .

أما الالتزام الاختياري فهو التزام بأحد شيئين يلزمه أولًا أداء واحد منهما ، فإن لم يفعل وجب عليه عمل الثاني . وهذا كعونة البحر في مدة زيادة النيل وطغيانه على الجسور فيخشى منه الغرق ، فقد فرض شرعًا المعونة من الأهالي لدرء أخطار الفيضان بالتناوب فيؤخذ من كل بلد عدد معين من الذكور البالغين سن كذا ،

---

(1) يعني الالتزام التخييري في الاصطلاح الذي أخذ به القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية (المواد 262 وما بعدها) أن يكون التخيير بين محلين أو أكثر يتوافر في كل محل منها ما يجب توافره من شروط في محل الالتزام ، ويكون الواجب أداء واحد منها لكي تبرأ ذمة المدين براءة تامة . فإذا كان التخيير فيه بين شيئين لم تتوافر في أحدهما شروط المحل في الالتزام كان الثاني وحده هو محل الالتزام ، وتعين الوفاء به ، وكان الالتزام بسيطًا غير تخييري . والواجب أداؤه في الالتزام التخييري هو أحد الشيئين ، ولا تتجه المطالبة إلا لأي منهما . ولا يختلف الفقه الإسلامي في بيان الواجب في هذا النوع من الالتزام ، وإنما الخلاف في التسمية ، فإن الفقه الإسلامي يطلق على هذا النوع من الالتزام خيار التعيين الذي يتضمن قيام خيار بين شيئين أو أكثر مطلوب الوفاء بأحدها . ولم يذهب إلى جواز خيار التعيين إلا الحنفية والمالكية استثناء من قاعدة وجوب تعيين محل العقد ، فذكروه في عقد البيع . وصورته أن يبيع شخص لآخر شيئًا من أشياء متعددة مختلفة الثمن ، ومحددا لكل منها ثمنه على أن يكون للمشتري الخيار في أخذ واحد منها بالثمن المحدد له في مدة يتفقان عليها . راجع المبسوط للسرخسي 57/13 والبدائع 157/5 والمواد 53 ، 316 – 319 من المجلة العدلية ، والمواد 410 – 412 من مرشد الحيران .

فمن جاء دوره وجب عليه الخروج شرعًا . ولكن أباح ولي الأمر لمن قام به عذر عن الخروج أن يكتري شخصًا آخر مكانه ويزوده بالمؤنة والنفقة فيخرج مكانه ، وبذا يكون قد أدى واجبه وسقط عنه الخروج بإخراج هذا البدل .

وما ذكر من النتائج المترتبة على الفرق بين الالتزامين هي نتائج اعتبارية فقط ، وإلا فنتيجة الالتزامين أن ذمة المدين تبرأ بأداء واحد مما التزم به أو ألزمه القانون بها [1] .

بند [149] الالتزامات التضامنية

القانون الفرنسي – ملاحظات أولية : إلى هنا كان الدائن واحدًا والمدين

---

(1) تناولت المادتان 275 – 276 مصري والمواد 262 – 266 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية موضوع الالتزام التخييري الذي يكون « محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدًا منها . ويكون الخيار للمدين ، ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك » .

وهو ما تناولته المادة 298 من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

1 – يصح أن يكون محل الالتزام أحد أشياء قيمية أو مثلية من أجناس مختلفة ويكون الخيار في تعيينه للمدين أو للدائن .

2 – وإذا أطلق خيار التعيين فهو للمدين ، إلا إذا اقتضى القانون أو اتفق المتعاقدان على أن الخيار يكون للدائن .

وهو ما جاء في المادة 336 من التقنين الكويتي التي تطابقها المادة 398 من التقنين العراقي المذكورة .

وكذا المادة 407 من التقنين الأردني التي تنص على أنه .

1 – يجوز أن يكون محل التصرف عدة أشياء على أن تبرأ ذمة المدين إذا أدي واحد منها .

2 – ويكون الخيار للمدين إذا كان مطلقًا ، إلا إذا قضى الاتفاق أو القانون بغير ذلك .

وخيار التعيين في الفقه الإسلامي ، وهو الذي يقابل التخيير في الالتزام التخييري ، لا يجوز أن يقع على أكثر من أشياء ثلاثة ، أو يلزم فيه ذكر المدة التي يتم فيها الخيار على خلاف في الرأي ، ويكون الخيار إما للمشتري أو للبائع حسب الشرط (راجع المبسوط للسرخسي جـ 13 ص 55 . البدائع للكاساني جـ 5 ص 157 . فتح القدير للكمال بن الهمام جـ 5 ص 131 . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط جـ 3 ص 141 و 142 هامش 1) .

وانظر أيضًا م 316 من المجلة و م 410 من مرشد الحيران .

والظاهر أن نقل الملكية في خيار التعيين في الفقه الإسلامي يستند إلى الماضي في حالة ما إذا كان الخيار للمشتري أي للدائن (انظر البدائع جـ 5 ص 261 – 262 . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط جـ 3 ص 165 هامش 1) .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 84 ، 85) .

واحدًا ، ولكن قد يعرض أن يكون التعاقد بين طرفين متعددين ابتداء ، أو يصبح الطرفان أو أحدهما متعددًا عندما يتوفى أحد الطرفين المتعاقدين تاركًا الالتزام إلى ورثته .

وفي حالة تعدد الدائنين والمدينين على هذه الصفة فليس للدائن أن يطالب أحد المدينين بما زاد عن حصته في الدين ، وليس على المدين دفع غير حصته في الدين . وهذه حالة الاجتماع .

ويستثنى من هذه القاعدة حالتان : التضامن بين المدينين ، وعدم قسمة الدين . ويوجد نوعان من التضامن :

أولًا : التضامن في الطلب :

التضامن في الطلب : هو أن يكون بين الدائنين تضامن بحيث يجوز لأحدهم طلب كل الدين لا ما يخصه ، وأنه متى تسلم أحدهم برئت ذمة المدينين قِبَلَ جميع الدائنين . والوصف القانوني لهذا التضامن هو أن مادة التعاقد واحدة بالنسبة لجميع الدائنين ، وهي الواجبة لكل واحد منهم ، وأن الدائنين متعددون بحيث إن لكل واحد منهم مقاضاة المدين وتسلم الدين . وينتج هذا التضامن دائمًا من إرادة المتعاقدين لا من القانون ، وهو قليل في التعامل .

نتائج الالتزامات التضامنية :

أولًا : بين الدائنين المتضامنين وبين المدين ، هذا التضامن يفيد أن كل دائن يمثل الآخر بالتقابل بينهم وجهًا لوجه قِبَلَ المدين في المحافظة على الدين واستيفائه لا في إنقاصه ولا الإبراء منه أو تضييعه ، فينتج من ذلك :

1 - أن كل دائن له الحق في رفع الدعوى ضد المدين وطلب الدين كاملًا منه .

2 - كل دائن يمكنه قبض الدين جميعه من المدين ، وللمدين أن يدفع لأي واحد منهم مادام لم ترفع عليه الدعوى من أحدهم بالذات فيدفع له ، ومتى أدى لأحد برئت ذمته .

3 - كل عمل يقطع المدة أو يحفظ حق الدائنين متى صدر من واحد منهم أفاد الجميع .

4 - كل حط من كمية الدين لا تقيد أحدًا من الدائنين ، بل تلزم من فعلها

فقط في نصيبه من الدين .

5 - كل يمين حاسمة تصدر من أحد الدائنين أو ينكل عنها أحدهم لا تخلي ذمة المدين إلا في نصيب الناكل فقط .

ثانيا : بين الدائنين المتضامنين أنفسهم : بما أن كل واحد منهم يعمل لحساب الجميع فكل مبلغ تحصل عليه من الدين وجب عليه تقديم حساب عنه وقسمة ما تلقاه بين الجميع بالتساوي أو حسب استحقاق كل واحد في جملة الدين [1] .

بند [150] الالتزامات التضامنية

التشريع الإسلامي : كما تكون الالتزامات فردية بين شخص وآخر تكون الالتزامات بين عدة أشخاص من جانب وأشخاص آخرين من جانب آخر ، فيكون الملتزِم متعددًا والملتزم له متعددًا . فإذا كان بينهما تضامن في الطلب ، ومعناه أن يوكل كل دائن بقية شركائه في الدين في الطلب والقبض فيجوز لكل دائن منهم طلب دين الجميع وقبضه . وهو معنى التضامن في الطلب . ومتى قبض أحد الدائنين على هذه الصفة جميع الدين برئت ذمة المدينين ، وذلك كما إذا باع أربعة شركاء منزلًا لهم مرابعة إلى أربعة شركاء مرابعة كذلك ، ونُصَّ في عقد البيع أن البائعين متضامنون في طلب الثمن وقبضه ، ويجوز لكل واحد منهم الطلب والقبض لجميع الدين على انفراده . وطالب أحد البائعين بالثمن أحد المشترين فدفعه له كان الدفع صحيحًا والقبض صحيحًا ؛ وبرئت ذمة المدنين ، ويرجع عليه الدائنون كل بما يخصه وهو الربع [2] .

ولمن دفع الدين من المدينين الرجوع على رفقائه كل فيما يخصه؛ لأنهم جميعًا غرماء لرب الدين .

فإن كانوا حملاء (ضمانًا) لمدين آخر رجع الدافع بما أدى على الغريم (المدين

---

(1) انظر : البنود : من 1197 إلى 1199 ، في الفصل الرابع ، من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 267 .

(2) راجع في الشركات وأنواعها والالتزامات بها : بداية المجتهد جـ 2 ص 253 وما بعدها ، والقوانين الفقهية ص 210 وما بعدها .

المضمون) ؛ لأنه لم يشترط حمالة بعضهم عن بعض .

بين الدائنين المتضامنين وبين المدين :

متى تضامن الدائنون بمعنى أن كل واحد وَكَّل الباقين في الطلب والقبض والتقاضي صح لكل واحد منهم المحافظةُ على الدين واستيفاؤه لا في إنقاصه ولا في الإبراء منه ولا في تضييعه إلا إذا فوض كل واحد للباقين التصرف كما يرى أو نص على الحط أو الإبراء إلخ فيصح ذلك .

فلكل واحد من الدائنين الحق في طلب الحق كاملًا وقبضُه . وتبرأ ذمة المدين بالدفع لأي واحد حتى ولو لغير من رفع الدعوى مع إلزامه بمصاريف التقاضي ؛ لأنه تسبب فيها بعدم الأداء في المواعيد المحددة ، وبما أن كل دائن وكيل عن الآخرين فقبضه صحيح مبرئ لذمة المدين شرعًا ؛ فلا يشترط عدم وجود دعوى مرفوعة من أحدهم حتى يقال يجب أن يكون الدفع لمن رفع الدعوى [1] .

وحطُّ بعض الدين من أحد الدائنين لا قيمة له إلا في حقه فقط ، ما لم يكن مفوضًا له بذلك من بقية الشركاء في الدين .

وكل دفع يوجَّه لأصل المديونية وجودًا وعدمًا أو لقدرها فهو موجَّه لجميع الدائنين ، وهم ملزمون بنتيجتها حتمًا . وكل دفع موجه بتسلم بعض الدين كذلك . ولكن لمن تسلم من نصيبه فقط لا من نصيب الباقين . وكل دفع من

---

(1) تناولت المادة 281 من القانون المدني بعض أحكام التضامن بين الدائنين ، وقررت أنه يجوز للدائنين المتضامنين مجتمعين أو منفردين مطالبة المدين بكل الدين ، على أن يراعي في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين . كما جاءت المادة 280 بجواز أن يوفي المدين الدين لأي من الدائنين المتضامنين . وقضت المادة 282 مصري بأنه إذا برئت ذمة المدين قِبَلَ أحد الدائنين بسبب آخر غير الوفاء فإن ذمته لا تبرأ قِبَلَ باقي الدائنين إلا بقدر هذا الدائن . وقد عرفه الفقه الإسلامي نظام الدائنين المتضامنين ونظام الدين المشترك بوصفه صورة من صور تضامن الدائنين . ويقوم التضامن بين الدائنين على سبيل المثال في شركة المفاوضة ، سواء كانت شركة أموال أم أعمال ، كما يقوم في شركة العنان إذا كانت شركة أعمال . راجع المبسوط 174/11 وما بعدها والبدائع 41/6 وما بعدها .

وهو ما تناولته المادة 343 وما بعدها من التقنين الكويتي .

والمادة 317 وما بعدها من التقنين العراقي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 87) .

الدين يكون لجميع الدائنين حسب نصيب كل فيه [1] .

بند [151] التضامن في الدفع

القانون الفرنسي : وهو أن يلتزم أكثر من واحد (مدين) بأداء شيء إلى دائن واحد بمعنى أن كل دائن منهم ملزم بأدائه ، ولو أداه واحد منهم برئت ذمة الجميع . ومن صفاته وحدة مادة الالتزام وتعدد المدين .

ومأخذ هذا التضامن إما من إرادة المتعاقدين ، وإما من القانون :

أولًا : التضامن في الدفع التعاقدي لا يفرضه القانون ، ولكن يجب أن يُنَصَّ عليه في العقد صراحة ، أو يكون في وصية لزيد على بكر وخالد بالتضامن .

ثانيًا : التضامن في الدفع قانونًا ، نص القانون في مواضع عدة على التضامن في الدفع وهي :

1 - المرأة المتوفى عنها زوجها والتي تزوجت ضامنة متضامنة مع زوجها الثاني لأملاك أولادها من زوجها الأول ، سواء أهملت دعوة مجلس العائلة لإجازة وصايتها بعد الزواج ، أو قبلت الوصاية مع تعيين زوجها عليها مشرفًا .

2 - منفذو الوصية ضامنون متضامنون فيما عُهِد إليهم من منقولٍ بِيعَ لنفاذ الوصية .

3 - الزوج الباقي على قيد الحياة يكون ضامنًا متضامنًا مع المشرف عند عدم عمل محضر الحصر لأملاك الزوجية المشتركة .

4 - المستعيرون لشيء واحد ضامنون متضامنون في إرجاعه .

5 - الوكلاء مسئولون متضامنون أمام موكلهم في كل ما وكلوا فيه .

---

(1) تناولت المادة 283 من القانون المدني المصري بعض أحكام تضامن الدائنين ونصها :

1 - كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعًا ويتحاصون فيه .

2 - وتكون القسمة بينهم بالتساوي ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

وهو ما تناولته 319 من التقنين العراقي ، والمادة 416 من التقنين الأردني ، والمادة 345 من التقنين الكويتي .

انظر في الفقه الإسلامي : البدائع جـ 6 ص 59 و 61 . و م 169 و 171 و 173 - 187 من مرشد الحيران .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 87) .

6 – الشركاء في شركة تحت اسم عام ، والشركاء في شركة مساهمة ضامنون متضامنون في أعمال الشركة المدنية .

7 – الموقعون على شيك مسحوب أوسند تحت الطلب متضامنون في الدفع جميعًا .

8 – الشركاء في الجناية أو الجنحة شركاء في الغرامة والتعويض والمصاريف متضامنون ، ويلحق بهم الشركاء في الجنحة المدنية .

9 – الزوجة المتعاقدة بإذن زوجها في نظام الزوجية المشترك متضامنة معه فيما تعاقدت عليه .

نتائج الضمان في الدفع :

أولًا : العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين : كل الشركاء في المديونية المتضامنين في السداد يمثل بعضهم بعضًا قِبَل الدائن في تسهيل استعمال وحفظ حقوقهم ، ومعنى إنابة بعض المدينين عن بعض أنها لا تتعدى حفظ حقوقهم أو إسقاط مديونيتهم لا زيادة المديونية أو تثقيلها ، ونتيجة هذه القاعدة هي :

أن للدائن الحق في متابعة أحد المدينين المتضامنين بكل الدين ، وليس للمدين الدفع بأنه ملزم بحصته في الدين ، فقط للمدين إدخال المدينين معه في الدعوى ليأخذ الحكم ضدهم تنفيذيًا ، وليدافعوا عن أنفسهم معه ، وللدائن الحق في مقاضاة غير واحد ليحصل على كافة حقوقه ، فلو أفلس المدعى عليه الأول فله مقاضاة من يرى من مدينيه ، وليس له رفض الدفع الكامل من أي واحد منهم وتبرأ ذمة الباقين قِبَل هذا الدائن .

فإن تلفت مادة الالتزام أو نبه الدائن الملتزم بالأداء وتأخر فللدائن طلب الثمن من الجميع وطلب تعويض ممن فرط أو ممن تنبه عليه بالأداء فقط دون المدينين الآخرين .

فوائد التأخير تسري على كل المدينين متى حصل تنبيه على أحدهم بالدفع ، وكذا الشرط الجزائي متى وقع بفعل مدين واحد لزم الجميع أداؤه ، وكل عمل من الدائن ضد أحد المدينين يقطع المدة أو يسقط حقًّا يسري على جميع المدينين .

معارضة المدينين للدائن في دفاعهم :

للمدينين حق الدفاع ومعارضة الدائن فيما يوجهه إلى واحد منهم في دعواه بما يأتي :

1 - الدفوع العامة ، وهي التي يجوز لكل الدائنين إبداؤها ، وهي :

الدفوع الناتجة من طبيعة الالتزامات كإلغاء الالتزام الناتج عن تعهد الجميع إلغاء تامًّا أو خاصًّا لسبب عدم أهلية المتعاقدين أو لنقص في إرادتهم . والدفع الناتج عن أسباب سقوط الالتزامات عن الكل كالدفع وهلاك الشيء الواجب بقوة قاهرة والتنازل عن الدين وسقوط الحق .

2 - الدفوع الشخصية : وهي الدفوع التي يبديها المدعى عليه شخصيًّا فيستفيد منها الآخرون ، وليس لهم إبداؤها إلا فيما يخص هذا المدين شخصيًّا ، وهي :

تنازل الدائن لأحد المدينين عن حصته مع احتفاظه بالآخرين ، أو تنازل الدائن عن ضمان أحد المدينين ، أو ملكية الدائن لما كان به مدينًا كإرثه ، فليس للدائن إلا طلب ما خص الباقين مع إسقاط نصيب هذا المدين .

3 - الدفوع الشخصية الخالصة : وهي الدفوع التي يبديها المدعى عليه شخصيًّا ، وليس لباقي المدينين إبداؤها حتى ولا فيما يختص بهذا المدين نفسه كمن له حق الإلغاء لنقص في إرادته أو كمن حصل له غش أو إكراه فله حق إبداء (حق الإلغاء عن نفسه) ، فيستفيد منه باقي المدينين ، وليس لهم حق في إبداء هذه الدفوع الخاصة مادام تعاقدهم صحيحًا مع الدائن ، وكذا عدم تحقق شرط معلق للمديونية للمدعى عليه ، واتفاق الدائنين لواحد من المدينين في الإفلاس .

علاقة المدينين المتضامنين مع بعضهم :

تقسيم الدين المضمون بين المدينين : متى دفع مدين الدين المضمون رجع على جميع المدينين كل بحصته في الدين ، وللدافع في التقاضي مع بقية المدينين دعويان .

يرفع الدعوى كوكيل عنه أو مدير للعمل ، وفي كلتا الحالتين له الفائدة من تاريخ دفعه للدائن أو يعتبر حالًّا محل الدائن يكون له كل الحقوق التي كانت للدائن إلا أنه يطالب كلًّا بنصيبه فقط . فإن أفلس أحد المدينين فلمن دفع جميع الدين تقسيم حصة

المفلس بين الجميع ، ويتحمل نصيبه كل حسب حصته في الدين الأصلي [1] .

بند [152] التضامن في الدفع

التشريع الإسلامي : التضامن في الدفع : هو أن يضمن كل مدين الآخر في أداء ما عليهم جميعًا إلى الدائن وهو جائز ، وبما أن الضمان التزام فلا يكون إلا بقبول صريح من الضامن لمفرد أو لجماعة ، ولا يكفي في ذلك دلالة الحال والقرائن [2] .

فإن أوصى مورث أن ولديه الوارثين يدفعان بالتضامن مبلغًا معينًا من المال من تركة المتوفى لزيد من الناس صحت الوصية ، ولزمهما الأداء بالتضامن متى كان هناك تركة تخرج منها الوصية .

وأما ضمان زوجة المتوفى الأول مع زوجها الثاني لتركة أولادها من زوجها الأول فغير جائز وغير مقبول ؛ لأن زوجها الثاني لم يقبل الضمان صراحة؛ فلا يلزمه لمجرد الزواج ؛ لأن الغُرم بالغُنْم . فإن أتلف شيئًا ضمنه فقط . والمسئولية على الزوجة متى كانت وصيًّا ، وليس لزوجها الثاني عليها من حق إطلاقًا ولا رقابة إلا إذا كان وصيًّا أو مشرفًا ، واشترك في الإتلاف أو أهمل في واجبات الوصاية ، ولو سلمنا بهذا المبدأ – وهو ضمان الزوج الثاني بمجرد الزواج – لأحجم الرجال عن الزواج بالمتوفى عنهن أزواجهن لما يترتب على ذلك من الضمان . وفي هذا ضرر

---

(1) انظر : البنود من 1200 إلى 1216 ، في الفصل الرابع ، من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 266 : 271 .

(2) تناولت المادة 284 ، 285 مدني مصري نظام التضامن بين المدينين وبعض أحكامه ، فبينتا أنه إذا أوفى أحد المدينين المتضامنين الدين برئت ذمة الباقين ، وأن للدائن مطالبتهم مجتمعين أو منفردين . وقد جاء ذلك في المادتين 272 ، 273 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، وهو ماتناولته المواد 315 و 320 من التقنين العراقي والمادتان 412 و 426 من التقنين الأردني والمادة 341 من التقنين الكويتي .

وقد عرض الفقه الإسلامي لنظام تضامن المدينين فيما يقوم بين الشركاء في شركة المفاوضة ، ولو نشأ الدين من غير أعمال التجارة ، وفي شركة العنان إذا كانت شركة أعمال ، فيكون الشركاء متضامنين في التزامهم بالعمل ، وهم مدينون بالتضامن فيما يجب عليهم من ضمانات هلاك الشيء المسلم إلى أحدهم للعمل فيه .

انظر : المبسوط جـ 11 ص 174 – 177 و جـ 30 ص 174 – 180 والبدائع جـ 6 ص 41 – 51 و 73 و 74 و 76 .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 86) .

يعود على الهيئة الاجتماعية ، وفيه ضمان قهري .

ليس هناك من أملاك مشتركة بين الزوجين حتى يقال : إن الزوج ضامن أو غير ضامن ؛ لأن الزواج في الإسلام مبني على التفرقة التامة بين أملاك الزوجين .

ومن استعار شيئًا وتلف بتفريطه أو بتعديه فهو ضامن سواء [1] أكان فردا أم جماعة [2] ، فهم متضامنون إذن في رجعه عينًا إذا كان باقيًا أو قيمته أو مثله متى كان قيميًا أو مثليًا [3] .

وأما الوكلاء فإن كانوا في عقد واحد للوكالة ، ولم يأذن الموكل لأحدهم بالانفراد في العمل ، فهم ضامنون لما أتلفوه أو خالفوا فيه أمر الموكل فإن وكَّل أحدهما فهمًا ضامنان للموكل الأول ، وأما إن وكلهم على التوالي أو في عقود مختلفة فلكل وكيل الانفراد إلا إذا اشترط عليهم عدم الانفراد فلا ضمان عليهم مجتمعين ، وإنما الضمان على من أتلف أو خالف [4] .

---

(1) قاعدة : من استعار شيئًا وتلف بتفريطه أو بتعديه فهو ضامن .

(2) تناولت المادة 641 من القانون المدني المصري واجب المستعير ونصها :

1 - « على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد .

2 - وفي كل حال يكون ضامنًا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة ، وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص ، أو كان بين أن ينقذ شيئًا مملوكًا له أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ ملكه .

وهذه المادة تقابل المادتين 857 و 858 من التقنين العراقي .

وتقابل المادة 770 من التقنين الأردني . وتقابل المادة 656 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 226 ، 227) .

(3) يقول ابن رشد عن ضمان العارية : عند مالك أنه إن استعمل العارية استعمالًا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال . بداية المجتهد جـ 2 ص 314 ، والشرح الصغير جـ 3 ص 330 وما بعدها وإرشاد السالك ص 97 وما بعدها .

(4) تناولت المادة 707 من القانون المدني المصري واجب الوكلاء المتعددين في العمل معًا ، ونصها : « وإذا عين الوكلاء في عقد واحد دون أن يرخص في انفرادهم في العمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين ، إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي كقبض الدين أو وفائه » .

وهو ما تناولته المادة 938 من التقنين العراقي ، والمادة 842 من التقنين الأردني ، والمادة 708 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 272) .

وأما الشركاء فلا يخلو حال الشركة :

1 - شركة التجارة ، فإن أطلقا التصرف لكل واحد منهما بالنسبة لمال الشركة ، وفوض كل شريك للآخرين جميع التصرفات فهم وكلاء كل عن الآخر ؛ فيلزمه ما تصرف فيه شريكه وهو ضامن لما أتلفه أو تعهد به في أعمال التجارة التي بينهما . وإن وكَّل الشركاء واحدًا منهم توكيلًا عامًا في جميع أعمال التجارة فجميع الشركاء ملزمون بما تعهد به للعمل التجاري وهم ضامنون له ؛ لأنه تصرف لحسابهم [1] .

وهذا النوع من الشركة يسمى شركة مفاوضة ، وقد تكون عامة كما تكون خاصة ، ولكل نوع أحكامه كما سيأتي في الشركة إن شاء اللّه تعالى [2] . فلا يكون الشريك ضامنًا متضامنًا إلا بنص في عقد الشركة أو بتفويض لرئيس مثلًا للإدارة ، وإن شرط الشريكان نفي الاستبداد فتسمى شركة عنان .

2 - شركة أبدان ، وهي عقد على عمل بينهما والربح بينهما كالخياطة أو

---

(1) يقول ابن رشد : شركة المفاوضة أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره ، وذلك واقع عندهم في جميع أنواع الممتلكات إلخ .
بداية المجتهد جـ 2 ص 254 .

(2) نصت المادة 1387 من المجلة العدلية على أن « كل واحد من الشريكين وكيل الآخر في تقبل العمل . فالعمل الذي تقبله أحدهما يكون إيفاؤه لازما عليه وعلى شريكه أيضًا ... حيث إن العمل الذي تقبله أحد الشريكين يطلب إيفاءه المستأجر من أيهما أراد ، وكل واحد من الشريكين يكون مجبورًا على إيفاء العمل ... » .
ونصت المادة 433 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه « تقتضي شركة الصنائع أن يصير كل منهما وكيلًا عن صاحبه وضامنًا لما يتقبله » .
وإذا كان لكل شريك أن يتقبل العمل الذي يطلبه الغير ، فإن هذا لا يكون على أساس أن كل شريك يعتبر وكيلا عن الآخر ، وإنما يعني أن كل شريك يعتبر مفوضًا من الآخرين في إدارة الشركة ، ما دام أن ليس هناك نص خاص على طريقة الإدارة (انظر م 494 من المشروع) .
والمادة المذكورة من المجلة العدلية تتفق في حكمها مع المادة 1/612 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « يلتزم كل من الشركاء بأداء العمل الذي تقبله وتعهده أحدهم » .
وتقابل المادة 1/677 من التقنين العراقي التي تنص على أن « كل واحد من الشركاء وكيل للآخرين في تقبل العمل ولصاحب العمل أن يطلب إيفاؤه من أي شريك » .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 185) .

النجارة مثلًا ، ويشترط :

(1) أن يتحد العمل أو يتلازم ، بحيث يتوقف أحد العملين على الآخر .

(2) وأن يأخذ كل شريك في الربح بقدر عمله .

(3) وأن يحصل التعاون بينهما بالفعل ، وإن بمكانين .

(4) وأن يشتركا في آلة العمل بملك أو إجارة [1] .

(وفي هذه الشركة متى استوفت شروطها لزم كلًّا من الشركاء في العمل ما قَبِلَه صاحبه ، ولزمه ضمان ما قَبِلَه صاحبه بلا إذنه لأنهما صارا كالرجل الواحد ؛ فمتى ضاع شيء من أحدهما ضمناه معًا ، وإن افترقا فما قبلاه أو أحدهما حال الاجتماع فهو في ضمانهما متى كان حاضرًا ، أو غاب غيبة قريبة كاليوم واليومين أو حال مرضه القريب . فإن قبله في غيبته أو مرضه الطويلين فإنه لا يلزم صاحبه ضمانه ولا العمل معه) [2] ، فليس الشركاء ضامنين في كل حال بل على هذا التفصيل .

وأما الموقعون على شيك مسحوب أو سند تحت الطلب ، فإن كان الشيك تجاريًّا فيه (وعنا دفع هذا لأمر وإذن فلان) فهو ضامن لفلان في الدفع ، فإذا جاء فلان وقال أيضًا : (وعنا دفع هذا لأمر وإذن فلان) فهو ضامن للدفع أيضًا ، ومعنى هذا في العرف التجاري أن مصدر الشيك مضمون بكل من وقَّع عليه ، والموقِّع الثاني مضمون بالموقع الثالث ، والثالث بالرابع ، فكل واحد ما عدا الأول والأخير ضامن مضمون ، والأول مضمون فقط ، والأخير ضامن فقط .

والعرف له في التشريع الإسلامي نصيب كبير في ترتيب الأحكام ما لم يخالف كتابًا أو سنة أو إجماعًا . ومبنى التجارة على السرعة في التعامل والثقة بين المتعاملين ، فالضمان متقرر لهذا بين الجميع كما يقتضيه العرف التجاري في هذا الشيك [3] .

---

(1) في الشرح الصغير (191/3) أنه « وجازت الشركة بالعمل بشروط إن اتحد العمل كخياطين لا خياط ، ونجار ، أو تلازم عملهما بأن كان أحدهما ينسج ، والثاني ينير أو يدور ، أو أحدهما يصوغ ، والثاني يسبك له .
وإن أخذ كل منهما من الربح بقدر عمله .. وإن حصل التعاون بينهما ، وإن بمكانين .. وإن اشتركا في الآلة التي بها العمل » . الشرح الصغير (191/3) .

(2) النص كاملًا في الشرح الصغير (192/3) .

(3) القاعدة الفقهية أن المعروف عرفا كالمشروط شرطًا ، يقول ابن رشد : العرف يتنزل منزلة الشروط . بداية المجتهد جـ 2 ص 314 .

وأما الشيك العادي المسحوب (ادفعوا لفلان كذا) فإذا لم يصرح محوِّل الشيك بالضمان أو التضامن فلا يكون هناك تضامن ؛ لأن التضامن لا يؤخذ بطريق المضمون أو المفهوم بل لابد من التصريح به .

وأما الشركاء في الجناية أو الجنحة فهم شركاء فيما ترتب عليهم من قصاص أو دية . وقد نُصَّ على أنه إن قتل جماعة رجلًا أو قطعوا يدا مثلًا جاز صلح كل واحد منهم على انفراده والعفو عنه مجانًا ، أو القصاص للجميع [1] ، أو عفو عن بعض والقصاص عن الباقي ، أو صلحه إذا لم يتميز فعل كل واحد ، فإن تميز فقد اختلفت درجة المسئولية فلا شركة بينهم ، وإن لم يعلم فعل كل أحد أو كانوا متمالئين على الفعل فهم شركاء بلا نزاع [2] ، وفي هذه الحالة هم متضامنون ، وللولي ترك هذا التضامن .

وأما تعاقد الزوجة بإذن زوجها فلا يجعله ضامنًا متضامنًا معها؛ لأن نظام الزوجية في الإسلام بُنِيَ على تفرقة أموال الزوجين تفرقة تامة ، فإن ضمنها أو هي ضمنته بعقد اتفاقي صح هذا ككل عقد اتفاقي كغير الزوجة مع زوجها وكغير الزوج مع زوجته .

نتائج التضامن في الدفع :

متى تضامن المدينون في أداء الالتزام فللدائن طلب من يشاء منهم بالأداء إذا اشترط أخذ أيهم شاء ، أو حصل التضامن بين المدينين في الحالات الست : (الحياة والموت ، والحضور والغياب ، العسر واليسر) أو اشترط حمالة بعضهم عن بعض فله أخذ كل واحد بجميع الحق أو أخذهم جميعًا ، وعليه قبول الدفع من أي واحد

---

(1) يقتل الجميع بواحد إذا ضربوه عمدًا عدوانا ، ومات مكانه .. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (245/4) .

(2) جاء في الشرح الصغير (80/4) : « فإن تمالئوا اقتص من كل بقدر الجميع تميزت أم لا ، قياسًا على قتل النفس من أن الجميع عند التمالؤ يقتلون بالواحد ، وأما إذا لم تتميز عند عدم التمالؤ ، فهل يلزمهم دية الجميع ، ولا قصاص ، أو يقتص من كل بقدر الجميع ، فإنه إذا كانوا ثلاثة قلع أحدهم عينه ، وقطع أحدهم يده ، والثالث رجله ولم يعلم من الذي فقأ العين ، ومن قطع الرجل ، ومن قطع اليد ، والحل أنه لا تمالؤ بينهم اقتص من كل بفقوء عينه ، وقطع يده ، ورجله وفيه نظر .. » .

منهم كنص الالتزام وتبرأ ذمة الباقين بهذا الدفع [1] .

ويجوز لكل مدين أن يدفع بإلغاء الالتزامات إلغاء تامًّا أو إلغاء خاصًّا : لعدم أهلية المتعاقدين أو لنقص في إرادتهم ، أو أن الحق المطالب به سقط لأدائه أو لمضي المدة ، أو أن الشيء الملتزم به عينًا قد هلك بقوة قاهرة أو أنه قد حصل تنازع في الدين إلخ ، وهذه دفوع عامة يستفيد منها كل من المدينين .

ويجوز للمدعى عليه الدفع بتنازل الدائن عن حصته في الدين أو ضمانه كذلك أو تمليكه نصيبه في الدين بهبة أو ملكه بميراث ، ومتى ثبت الدفع فقد استفاد نفس هذا المدين بعدم المديونية أو عدم الضمان ، وبالتالي يستفيد بقية المدينين بحط قيمة نصيب هذا المدين من جملة الدين .

ومن وقع عليه غش أو إكراه أو كان في غيبوبة ، وجاز له شرعًا الطعن في عقد الملزومية ، وأثبت ذلك ، وقضي له بعدم شرعية تعاقده انتفع بدفعه هذا ، ولكن بما أن المدينين ضامنون متضامنون فبقية الدائنين ملزمون بالتضامن بأداء ما التزموا به ناقصًا نصيب هذا الدفع إذا كان مدينًا أصليًّا بحصة معلومة [2] .

---

(1) تناولت المادة 285 من القانون المدني المصري والمادة 272 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية حق الدائن في مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين أو منفردين بالدين ، على حين تناولت المادة 284 مدني مصري ، و273 مشروع المدني طبقًا للشريعة الحكم بأنه « إذا كان التضامن بين المدينين فإن وفاء أحدهم الدين يبرئ ذمة الباقين » . وهو ما تناولته المواد 427 من التقنين الأردني ، 322 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا قضي أحد المدينين المتضامنين الدين بتمامه عينا أو بمقابل أو بطريق الحوالة برئت ذمته ويبرأ معه المدينون الآخرون » . والمادة 347 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 – يترتب على وفاء أحد المدينين المتضامنين بالدين عينا أو بمقابل براءةُ ذمته وبراءةُ باقي المدينين .

2 – وإذا برئت ذمة أحد المدينين المتضامنين بطريق حوالة الدين فإنه لا يبرأ معه المدينون الآخرون إلا إذا رضوا بالحوالة .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 88) .

(2) تناولت المادة 292 مدني مصري والمادة 280 مشروع المدني طبقًا للشريعة حكم استفادة الدائنين المتضامنين بإسقاط حصة نصيب أحدهم من الدين للتقادم ، كما قضت المادتان 287 و 275 بحق المدين المتضامن في الاجتماع بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر لإنقاص الدين بقدر حصة هذا المدين ، كما تناولت المادتان 294 مدني مصري و 282 من هذا المشروع نقص الدين عن الدائنين المتضامنين إذا انتهى الدين بالنسبة لأحدهم عن طريق الصلح مع الدائن . ويتفق هذا مع ما جاء في بدائع الصنائع 11/6 وما بعدها من أحكام الكفالة التي تتفق في مجموعها مع احكام التضامن .

علاقة المدينين المتضامنين مع بعضهم :

متى دفع مدين الدين المضمون رجع الدافع على من لقيه من أصحابه المدينين بغير ما أدى عن نفسه بكل ما على الملقى ، ثم ساواه فيما على غيره ؛ لأن الملقي مدين مثل من أدى ، وقد أدى عنه حقه فيأخذه منه ؛ ولأنه حميل مثله في جميع الدين فيقاسمه الحمالة في باقي الدين .

فلو تضامن أربعة في دين لزيد قدره عشرة جنيهات فدفعها الأول ، ثم لاقى الثاني فيأخذ منه 250 قرشًا صاغًا قيمة ما عليه من الدين أصالة ، ثم 250 صاغًا نصف ما أدى الأول بطريق الحمالة عن الاثنين الباقيين ، ثم يقابل الأول أو الثاني الثالث فيأخذ منه قيمة ما أدى عنه وهو 175 قرشًا من أصل الدين ، ثم يساويه في الحمالة فيأخذ 175 قرشًا حمالة ، ثم يأتي الرابع فيدفع جميع ما عليه فيأخذ كل حقه .

وللدافع مع بقية الدائنين مركز الدائن ، وقد أدى عنهم ما وجب عليهم ، فهو وكيل في الأداء فله حقوق الدائن ، وبما أن المدينين متضامنون في الأداء فمركزه من مركز الدائن الأصيل ، فيطالب من لاقاه من المدينين بغير ما أداه عن نفسه بكل ما أداه عن الملقى ، ويشترك معه مساواة فيما على غيره .

فإن أفلس أحد المدينين تحمل كل واحد حصة في نصيب هذا المفلس حسب حصته في أصل الدين ؛ لأنهم ضامنون متضامنون [1] .

بند [153] الأسباب المغيرة أو الملغية للضمان

القانون الفرنسي : الأسباب التي تغير أو تلغي الضمان في الدفع هي :

(1) موت المدين المتضامن : موت المدين المتضامن لا يلغي الضمان ، لأنه ينتقل إلى ورثته ، ولكن يغيره تغييرًا كليًا ، فإن الورثة ملزمون بدين مورثهم في

(1) تناولت المادة 298 من القانون المدني المصري والمادة 286 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع إعسار أحد المدينين المتضامنين ، حيث يتحمل تبعة هذا الإعسار غيره من المدينين المتضامنين ، كل بقدر حصة دينه . ويتفق ذلك مع ما جاءت به المواد 344 عراقي والمادة 439 أردني والمادة 359 كويتي .

انظر في الفقه الإسلامي : المبسوط جـ 20 ص 29 و 34 و 38 . البدائع جـ 6 ص 14 و 15 .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 86) .

تركته جملة ، لكن كلٌّ في نصيبه فقط فيما بينهم ، فأي عمل قانوني من الدائن قِبَل أي وارث يسري على الباقين وعلى المدينين ، وكذلك أي عمل قبل أحد المدينين يسري على الورثة .

(2) التنازل عن الضمان : وهو عمل يتنازل فيه الدائن عن ضمان كل أو بعض المدينين . والتنازل عن التضامن يكون صراحة في إشهاد قانوني بتنازل الدائن عن تضامن المدينين أو تضامن أحدهم ، ويكون التنازل ضمنيًّا حسب نص القانون كالآتي :

(1) متى تلقى المدين من الدائن مخالصة يقول فيها : وصلني كذا وهو نصيبه في الدين .

(2) متى أعلن الدائن مدينه بدفع نصيبه في الدين ، أو صدر حكم بدفع نصيبه فقط في الدين .

(3) في مدة عشر سنوات يقبل الدائن من مدينه دفع ما خصه من أقساط أو فائدة بدون حفظ حقه في التضامن ، فيسقط حق التضامن فيما استحق ، لا فيما يستحق ولا في أصل الدين .

ونتج من هذا أن التنازل عن الضمان يعفي المدين من دفع ما زاد على نصيبه في الدين ، ولا يزيد في حالة المدينين المتضامنين شيئًا على حالتهم الأولى قبل التنازل عن الضمان ، وأن الدائن لا يجبر باقي المدينين على دفع حصة من أخلى طرفه من الضمان [1] .

بند [154] ما يغير وما يلغي الضمان

التشريع الإسلامي : قد يموت الضامن ، ويترك تركة فيها الوفاء لكل أو بعض ديونه ، ويترك ورثة فينتقل الضمان الذي التزمه المتوفى المورِّث حال حياته إلى ورثته في حدود تركته . وفي الواقع الضمان ينتقل للتركة ممثله في الورثة ، فإن لم تكن تركة فلا ضمان ، وإن كانت تركة ولكن لا تفي بكل التزام الضمان انتقل الضمان في حدود ما تفي به فقط . فالورثة غير ملزمين شرعًا بما ضمنه مورثهم بل

---

(1) انظر : البنود من 1197 إلى 1216 ، في الفصل الرابع ، من الباب الرابع ، من الكتب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 267 : 271 .

ولا ما تعهد به من ديون إلا في حدود التركة فقط [1] ، وبما أن الضمان والمديونية وكل التزامات المورث تنتقل إلى نفس التركة مقدرة بقدرها فيمثلها أي فرد من الورثة ؛ فإعلان أحد الورثة أو الحكم عليه ليكفي عن الباقين ، وأي عمل قانوني قِبَل واحد من الورثة يسري على بقية المدينين كما يسري على التركة أي عمل قبل أي مدين آخر [2] .

والضمان حق للدائن كنفس الدين ، فهو تابع له ؛ فللدائن الحق في إخلاء سبيل بعض الدائنين من نفس الدين أو من الضمان ، وحينئذ تكون المعاملة حسب طبيعة هذا الإخلاء ، ففي الإخلاء من الدين تسقط المديونية ، وفي الإخلاء من الضمان يسقط الضمان فيدفع نصيبه فقط في الدين [3] .

ويكون التنازل صراحة أو ضمنًا ؛ فصراحة يكفي فيه الإشهاد أمام عدلين (إني قد أسقطت الضمان عنك) وضمنًا كأن يتقاضى نصيبه في الدين فقط بدون مطالبته بالوفاء بالتزام الضمان . وبما أن الضمان حق ككل الحقوق فلا يسقط بعدم المطالبة من نفسه إلا إذا كان تابعًا لحق يسقط بمضي المدة ؛ إذ معلوم شرعًا أن الحقوق لا تسقط بعدم الاستعمال [4] (أو بالهجران) إلا ما كانت حالة الحياة من الحركة الدائمة تتطلبه كما نص عليه في وضع اليد أو في الدين في الذمة ، وقد سبق الكلام على ذلك .

---

(1) قاعدة : لا ضمان للوارث إلا في حدودنصيبه من التركة .

(2) يقول المواق : إن مات الضامن قبل الأجل فللطالب تعجيل حقه من تركته ، ثم لا رجوع لورثته على الغريم حتى يحل ، وله محاصصة غرمائه أيضًا ، وقال مالك : إن مات الغريم تعجل الطالب دينه من ماله إن ترك مالًا لم يتبع الكفيل حتى يحل الأجل ... التاج والإكليل جـ 5 ص 104 ، ومواهب الجليل جـ 5 ص 104 ، 105 ، 106 .

(3) تناولت المادة 282 من القانون المدني المصري حكم براءة ذمة المدين من جهة أحد الدائنين المتضامنين ، ونصها :

1 - إذا برئت ذمة المدين من قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء فلا تبرأ ذمته قبل باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله .

وقد تناولت ذلك أيضًا المادة 270 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 318 من التقنين العراقي ، والمادة 344 من التقنين الكويتي ، والمادة 414 من التقنين الأردني .

انظر في الفقه الإسلامي : البدائع جـ 6 ص 70 و 72 و 74 و 76 و م 169 والمواد 171 و 172 - 187 من مرشد الحيران .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 87) .

(4) قاعدة : الحقوق لا تسقط بعدم الاستعمال أو الترك .

فإن كان الضمان في أمور تجارية تقتضي سرعة الحركة والأخذ والعطاء يكون السكوت عن الوفاء بالضمان مثلًا لمدة خمس سنين مسقطًا لها ؛ لأنه في العرف والعادة أن التاجر لا يدخر مبلغًا من المال على مدينين بضمان بدون تحريكه . فيفهم عرفًا أن هذا التاجر قد استغنى عن الضمان في مثل هذه الحال ، ومع كل ذلك فالأمر موكول لقاضي الموضوع فيما يرى من مصلحة وعرف وعادة محكَّمِين فيما لا يخالف كتابًا ولا سنة ولا إجماعًا .

وليس للدائن مطالبة بقية مدينيه بنصيب من أخلى سبيله من المال ، وبما أنه قد أخلاه من التضامن مع الباقين ، وقد كان مفهومًا أن ضمانه لهم نظير ضمانهم له فمن العدل عدم ملزومية بقية الدائنين بدفع حصته بعد إعفائه من الضمان عنهم ، ويتحمل الجميع نصيب من أفلس حتى المعافى من الضمان إلا إذا أعفاه من المال أيضا [1] .

(1) تناولت المادة 289 من القانون المدني المصري والمادة 277 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية حكم إبراء الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين والتضامن معًا أو من أحدهما . ونص المادة المذكورة من المشروع :

1 - إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقين إلا إذا صرح الدائن بذلك .

2 - فإذا لم يصدر منه هذا التصريح فليس له أن يطالب باقي الدائنين المتضامنين إلا مما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه ، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين . وفي هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذي صدر الإبراء لصالحه بحصته في الدين .

وهو ما جاء في المادة 351 من التقنين الكويتي .

وكذا المادة 326 من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

1 - إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين سقط عنه الدين ولا تبرأ ذمة الباقين إلا إذا صرح الدائن بذلك .

2 - فإذا لم يصدر منه هذا التصريح فليس له أن يطالب باقي المدينين المتضامنين إلا بما يبقي من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه .

وتطابق في حكمها المادتين 430 و 431 من التقنين الأردني .

فالمادة 430 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا انقضت حصة أحد المدينين المتضامنين في الدين بطريق المقاصة أو اتحاد الذمتين أو الإبراء فإن الدين لا ينقضي بالنسبة لباقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين .

والمادة 431 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا لم يوافق الدائن على إبراء باقي المدينين المتضامنين من الدين فليس له أن يطالبهم بغير الباقي بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه إلا إذا احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين وعندئذ يحق لهم الرجوع على المدين بحصته فيه » .

انظر في الفقه الإسلامي : البدائع جـ 1 ص 11 ، جـ 6 ص 11 .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 89) .

(نتيجة المقارنات من بند 140 إلى نهاية بند 154)

يتفق التشريعان في الآتي :

الالتزامات المركبة ، الشرط ، الأجل ، الالتزامات التخييرية ، الالتزام الاختياري ، الالتزامات التضامنية ، التضامن في الدفع (في الجملة) ، موت المدين المتضامن ، التنازل عن الضمان .

بند [155] التزامات غير قابلة للقسمة

القانون الفرنسي : الالتزامات منقسمة وغير منقسمة ؛ فالالتزامات المنقسمة هي كل التزام يمكن المطالبة بجزء منه ، وغير المنقسمة هي التي يكون الطلب فيها لمادة التعاقد كلها .

ولا فائدة عملية لهذا التقسيم ما دام الدين واحدًا والمدين واحدًا ؛ لأنه سيطلب حقه كله الواجب أداؤه كله .

(1) عدم قابلية القسمة : وهو أن يكون الالتزام عينًا واحدة واجبة على أكثر من واحد مدين ، أو تكون مستحقة لأكثر من دائن واحد وأن كل دائن لا يمكنه طلب بعضها . وأن كل مدين لا يمكنه أداء بعضها ، سواء أكان ذلك لطبيعة مادة الالتزام أم لإرادة الطرفين .

وهذه الالتزامات غير القابلة للقسمة هي التي يطالب بها بعض الدائنين كلها ويطلب بها بعض المدينين كلها لعدم إمكان شيء آخر غير هذا .

وغير القابل للقسمة بطبيعته سواء أكان ماديًّا أم عقليًّا ، وذلك كترتيب حق ارتفاق عيني على عقار ، فإنه غير قابل للقسمة لا ماديًا ولا عقليًّا ، وكحصان مملوك لأكثر من وارث فإنه غير قابل للقسمة ماديًّا ، ولكنه قابل للقسمة عقليًّا .

والالتزام غير القابل للقسمة باتفاق الطرفين كالتعهد ببناء منزل أو تصوير منظر ، فإن المفهوم من اتفاق الطرفين عدم التبعيض في مادة الالتزام .

نتائج عدم قابلية القسمة :

أولًا : بالنسبة للالتزامات من ناحية الدائنين : كل دائن له الحق في طلب مادة الالتزام كاملة ، وكل عمل يفيد أحد الدائنين ينتفع به الباقون كقطع المدة مثلًا ، ولا يجوز لأحد الدائنين التنازل عن جميع مادة الالتزام ، بل عن نصيبه فقط . وعلى الدائنين الآخرين ملاحظة الحصة المتنازل عنها عند طلب الدين .

ثانيًا : بالنسبة للمدينين من ناحية التزاماتهم : كل مدين يصح مطالبته بكامل الدين وعليه دفعه جميعه ، لكن للمدين طلب أجل لإدخال المدينين معه في الدعوى للحكم له في مواجهتهم عليهم بما يحكم به عليه ، وكل ما يقطع المدة

ضد مدين يقطعها ضد الجميع ، ومتى نفذ مدين الالتزام فله الرجوع على بقية المدينين كلٍّ بنصيبه مع تعويض له من وقت دفعه عنهم ، وإن امتنع أحدهم من التنفيذ وتحقق شرط جزائي فللدائن الحق في طلب التعويض من أي واحد منهم ، ولهم الرجوع بما زاد عن حصتهم في أصل الدين على من تسبب في استحقاق التعويض للدائن من أي واحد منهم .

مقارنة بين الالتزامات بالتضامن والالتزامات غير القابلة للقسمة :

يتفق الالتزامان المذكوران في أن كلًّا منهما يصح لدائن واحد طلب الدين جميعه ، ويجب على مدين واحد متى طلب منه ذلك أداؤه ، وتبرأ ذمة الجميع بهذا الأداء .

ويختلفان في أن الالتزام بالتضامن نشأ من أصل عقد الالتزام بخلاف غير القابل للقسمة ، فإنه نتج عن طبيعة مادة الالتزام لعدم إمكان فعل آخر غير طلب كل مادة الالتزام ، فينتج من هذا عمليًا ما يأتي :

أولًا : المدينون المتضامنون يعتبر بعضهم نائبًا عن البعض الآخر كل واحد نائب عن الآخر قِبَل الدائن ، وهذا المعنى ليس موجودًا في الالتزام غير القابل للقسمة ، فإن فقدت مادة الالتزام بقوة عارضة بعد التنبيه بالأداء فقد برئت ذمة باقي المدينين في حالة الالتزام غير القابل للقسمة بخلاف الالتزام بالتضامن فعليهم الثمن .

ثانيًا : الالتزام التضامني لا ينقل للورثة بخلاف الالتزام غير المنقسم ، فإنه ينقل للورثة .

ثالثًا : الالتزامات بالتضامن لا تتلاشى بعد الحكم بتعويض مالى نظير عدم التنفيذ بخلاف الالتزامات غير القابلة للقسمة ، فإنها تتلاشى متى حكم بتعويض بدلًا عنها .

التزامات غير قابلة للقسمة عند الأداء :

هي التزامات قابلة للقسمة قضائيًا وماديًا ، لكنها غير قابلة للقسمة عند الأداء لشرط صريح أو ضمني بين الطرفين ، وحالاتها هي :

1 – متى كانت مادة الالتزام جسمًا معينًا كحصان فيمكن الدائن مقاضاة بعض

الورثة بجميع مادة الالتزام في حصته .

2 – متى كان المكلف بتنفيذ عقد الالتزام واحدًا سواء أكان منفذ وصية أم منفذ عقد الالتزام .

3 – متى كان ناتجًا عن طبيعة العقد الذي أراده المتعاقدان من عدم التنفيذ مجزأ [1] .

بند [156] التزامات غير قابلة للقسمة

التشريع الإسلامي : من الالتزامات ما يمكن تجزئته كمقيس ومكيل وموزون مثلًا ، ومنها ما لا يمكن تجزئته كمنزل ، وحصان ، وحق ارتفاق ، أو حق سكنى إلخ ، وقد يكون الدائن فيها واحدًا والمدين واحدًا والدائن متعددًا والمدين واحدًا وبالعكس ، وفي حالة عدم إمكان تجزئة مادة الالتزام لا يمكن للدائن طلب بعضها ، ولا يمكن للمدين أداء بعضها ، بل يطالب بعض الدائنين بها كلها وبعض المدينين بها كلها متى كان بين الدائنين تفويض في الطلب ، ومتى كان بين المدينين ضمان في الدفع ، إلا إذا كان الحكم على أحدهم حكمًا على الآخرين كأحد الورثة فهو يمثل التركة ؛ فالحكم عليه ممثلًا للتركة حكم على بقية الورثة ، فيطالب واحد بالكل ويحكم عليه ممثلًا للكل [2] .

ومهما كانت مادة الالتزام منقسمة أو غير منقسمة فإنه لا يصح التصرف في نصيب أحد الشركاء من أحد الشركاء إلا بتفويض أو توكيل منه لهذا المتصرف ،

---

(1) انظر : البنود من 1222 ، إلى 1225 ، في الفصل الخامس ، من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 273 ، 274 .

(2) تناولت المادة 300 من القانون المدني المصري والمادة 288 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع عدم قابلية التصرف للانقسام ، أو التجزئة في اصطلاح القانون المدني الأردني ، وبينت هاتان المادتان أن التصرف غير قابل للانقسام إذا ورد على محل تأباه طبيعته أو تبين من قصد المتعاقدين عدم جواز الانقسام . ومن ذلك حقوق الارتفاق التي لا تقبل الانقسام بطبيعتها ، ومنه كذلك أن يكون المحل أرضا أرادها المشتري بكاملها ليصنع عليها مشروعًا لا تصلح إقامته على بعضها .

وقد تناولت ذلك المادة 338 من التقنين العراقي .

والمادة 442 من التقنين الأردني .

والمادة 363 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 91) .

وفي الطلب من المدينين إذا لم يكن بينهم تضامن في الدفع فكل واحد منهم مكلف بما التزم به طلبًا ودفعا وتسليما إلا إذا كان الحكم على أحدهم حكمًا على الآخرين كالحكم في التركة على أحد الورثة . وعلى هذا ففي الالتزامات التضامنية يصح لدائن واحد طلب الدين جميعه ، ويجب على مدين واحد أداؤه متى طلب منه ، وتبرأ ذمة الجميع [1] . والالتزامات غير القابلة للقسمة ولا تضامن فيها يجب على كل واحد أداء ما عليه ، وإن دفعه واحد كفى عن الجميع وبرئت ذمتهم ولمن دفع الرجوع على كل واحد بنصيبه [2] .

والمدينون المتضامنون ينوب بعضهم عن بعض قبَل الدائن فينقل الالتزام التضامني للورثة كما كان يجب على مورثهم ، وينتقل إليهم في حدود التركة فقط ، وكذا ينتقل إليهم نصيب مورثهم في الالتزام غير القابل للقسمة ، فيجب عليهم ما كان يجب عليه لو [3] كان حيًّا في حدود التركة أيضًا .

ومتى قُضِي بأداء الالتزامات التضامنية فلا تتلاشى إلا بالأداء أو الإبراء ، ومتى قُضِي بقيمة المقوم الذي لا ينقسم فتبرأ ذمة المدين بأداء القيمة المقضي بها لا بأداء نفس العين موضع الالتزام إلا إذا تراضيا .

---

(1) تناولت المادة 284 من القانون المدني المصري والمادة 273 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع المدينين المتضامنين في الدين ، ونصها :

« إذا أوفى أحد المدينين المتضامنين الدين برئت ذمة الباقين » .

وهو ما تناولته المادة 427 من التقنين الأردني .

والمادة 322 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بتمامه عينا أو بمقابل أو بطريق الحوالة برئت ذمته ويبرأ معه المدينون الآخرون » .

وهو ما تناولته كذلك المادة 347 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 - يترتب على وفاء أحد المدينين المتضامنين بالدين عينا أو بمقابل براءة ذمته وبراءة باقي المدينين .

2 - وإذا برئت ذمة أحد المدينين المتضامنين بطريق حوالة الدين فإنه يبرأ معه المدينون الآخرون إلا إذا رضوا بالحوالة .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 88) .

(2) يقول الحطاب : يجوز للمشتري أن يتطوع للبائع بعد عقد البيع أنه إن جاءه بالثمن إلى أجل كذا فالبيع لازم له ، ويلزم ذلك المشتري متى جاءه بالثمن من خلال الأجل وعند انقضائه أو بعده أو على القرب منه . مواهب الجليل جـ 4 ص 374 وما بعدها ، الخرشي جـ 5 ص 82 وما بعدها .

(3) في الأصل : [عليه إن لو] .

إذا اشترط المتعاقدان أن تسليم مادة الالتزام لا يكون مجزأ ولا منجمًا بل يكون جملة واحدة صح الشرط ولزم العقد . ويمكن مقاضاة بعض الورثة والحكم عليه في مادة الالتزام الموروثة وأخذها من نصيب الوارث في التركة؛ لأنه لا ميراث إلا بعد سداد ديون المورِّث [1] ، ولمن دفع الدين من حصته الرجوع على [2] بقية التركة بما دفع .

بند [157] ملحق بالالتزامات الطبيعية

القانون الفرنسي : وهي ضرورة قضائية تلزم شخصًا بفعل شيء ، أو عدم فعله ، أو إعطاء أي شيء إلى شخص آخر بدون إمكان الدائن جبر المدين إذا لم ينفذ ذلك الالتزام الطبيعي .

فليس على المدين أي عقاب في عدم التنفيذ ، وليس هو واجبًا أدبيًا يحتمه ضمير الشخص نفسه ، وهذه الالتزامات نوعان :

أولًا : التزامات طبيعية من أصلها ، وهي التي جعل لها القانون عدم تأثير لسبب قضائي أو اجتماعي ، وهي :

1 – التزام وارث بالنسبة لتنفيذ وصية باطلة شكلًا أو عُمِلَت شفويًّا فهو التزام طبيعي .

2 – الالتزام المتولد عن دين اللعب أو الرهان التزام طبيعي .

ثانيًا : التزامات مدنية فسدت ، وهي التزامات مدنية تلاشت لسبب الصالح العام فتحولت إلى التزامات طبيعية ، وهي :

1 – عقود صدرت من عديمي الأهلية كالصغير ، والسفيه ، والمحجور عليه ، والزوجة ثم ألغيت هذه العقود للنقص المذكور ؛ فتتحول إلى التزامات طبيعية .

2 – الالتزامات التي يمكن للمدين عدم دفعها بمضي المدة تنقلب إلى التزامات طبيعية .

3 – الالتزامات التي تعارَض بحكم حاز قوة الشيء المحكوم فيه أو باليمين الحاسمة .

4 – الالتزامات التي دخلت تحت اتفاق المدينين مع مدينهم في (كونكوردا الإفلاس) .

---

(1) ثم تقضى من رأس ماله ديونه التي لآدمي كانت بضامن أم لا ، كانت حالة أو مؤجلة لأنها تحل بموته . حاشية الدسوقي 458/4 .

(2) في الأصل : [في] .

نتائج الالتزامات الطبيعية :

الالتزامات الطبيعية تنتج ما يأتي :

1 - تنفيذ الالتزامات الطبيعية يوجد دفعًا حقيقيًا ، وليس عطية أو منحة كما في تنفيذ الالتزامات الأدبية ، فلا يُعْطِي للمدين حقًّا في استرجاع ما دفع باعتباره دفعًا لغير واجب بشرط أن يعرف عند الدفع أن هذا الالتزام لا جبر على أدائه .

2 - الالتزامات الطبيعة يمكن تجديدها إلى التزامات مدنية بنفس الشرط غير الدفع .

3 - يمكن الضمان للالتزام الطبيعي ، فإن وفي الضامن فلا رجوع له على المدين الأصلي لعدم الوجود .

4 - يمكن استعمال الالتزام الطبيعي سببًا في تعهد الدفع الذي يكون تعهدًا مدنيًّا .

الالتزامات الطبيعية في نظر علماء التشريع يمكن تقسيمها إلى :

أولًا : ما يتصل بعلاقة القرابة ، وهي :

1 - تعهد الأب بتربية وتعليم ولد طبيعي .

2 - تعهد الأبوين في عقد تنظيم أموال الزوجين بدفع مهر لولدهما .

3 - المساعدة المسموح بها من أخ لأخيه .

4 - دفع التكاليف التي أنفقت في المرض الأخير ومصاريف الدفن من ولد تنازل عن حقه في الميراث من والديه .

ثانيًا : ما يتعلق منها بالشرف ، وهي :

1 - بوليصة الشرف المتعلقة بالتأمين على الحياة لصالح من ينتفع بها .

2 - الإشهادات القضائية غير المستكملة شروط الشكل كوصية بدون تاريخ أو شفوية أو مشروع وصية المحتوي على إرادة مؤكدة للمتوفى .

ثالثًا : ما يتركز على العدالة الطبيعية وهي :

1 - ديون الاعتراف لخدمات عملها شخص لآخر .

2 - تعويض الرجل امرأة عاشرها خدينة بدون زواج مدة ، ثم قطع علاقاته بها لتخفيف ما أصابها من الضرر [1] .

بند [158] الالتزامات الطبيعة

التشريع الإسلامي : ليس في التشريع الإسلامي ما يسمى التزامات طبيعية ، وإنما الذي يفهم من تعريف الالتزام الطبيعي - وهو ضرورة قضائية تلزم شخصًا بفعل شيء أو عدم فعله أو إعطاء أي شيء إلى شخص آخر بدون إمكان الدائن جبر المدين إذا لم ينفذ ذلك الالتزام الطبيعي - أنه الواجب ديانة لا قضاء فلو استعمل شخص عقارًا لزيد مثلًا مدة الحيازة الشرعية ، وقاضاه المالك الحقيقي ، فدفع زيد دعوى المدعي بعدم السماع لمضي المدة القانونية ، وحكم القاضي بعدم سماع الدعوى لهذا السبب فهناك واجب ديانة لا قضاء وهو رد الملك لصاحبه مهما طال الزمن ؛ فإن القضاء لا يحل حرامًا ولا يحرم حلالًا وإنما القضاء لقطع الخصومة في الظاهر ، فالالتزامات الطبيعية هو الواجب ديانة بين الشخص وبين ربه .

وليس هناك من يجبر المدين بالوفاء [2] .

---

(1) انظر : البنود من 1965 إلى 1967 ، في الباب الأول ، من الكتاب الثاني عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 130 ، 131 .

(2) تناولت المادة 199 مدني مصري والمادة 211 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع الالتزام الطبيعي وهو الالتزام الذي يتوافر فيه عنصر المديونية دون عنصر المسئولية القضائية ويقابل الالتزام الطبيعي الالتزام المدني أو الالتزام . ويعرف الفقه الإسلامي ما يشبه هذا التمييز في التفريق بين الواجب قضاء والواجب ديانة طبقًا لما تنبه له المؤلف والتفت إليه . ونص المادتين المذكورتين :

1 - ينفذ الالتزام جبرا على المدين .

2 - ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر في تنفيذه .

وقد تناولت الموضوع نفسه المادة 313 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

1 - ينفذ الحق جبرا على المدين به عند استحقاقه متى استوفى الشرائط القانونية .

2 - فإذا افتقد الحق حماية القانون لأي سبب فلا جبر في تنفيذه ويصبح حقا طبيعيا يجب في ذمة المدين .

وهذه المادة تتناول الالتزام الكامل الذي يتوافر فيه عنصر المديونية وعنصر المسئولية ، ويقال له التزام مدني ، حيث ينفذ جبرا على المدين .

وكما تتناول أيضا الالتزام الطبيعي ، وهو الذي يتوافر فيه عنصر المديونية دون عنصر المسئولية ، فلا يكون هناك ثمة جبر في تنفيذه .

=

والتزام وارث بتنفيذ وصية باطلة تبرُّع من الوارث لا وجوب فيه [1] ، والدين المتولد لا عن سبب صحيح بأن كان محرمًا فأداؤه محرم كدين اللعب (قمار) ، وأما الرهان فإن كان في الخيل ، والإبل ، والرماح ، وكان القصد من السباق التدريب على فنون الجهاد والفروسية جاز السباق برهان بشرط أن يكون الرهان من غير المتسابقين ، فإن كان الرهان من المتسابقين ، أو كان السباق للهو واللعب فيكون ممنوعًا ؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل وخصوصًا ما يُعْمَل الآن من وجود شركة يدخل فيها خيل السباق على أن يكون للحصان السابق الأول كذا (100 جنيه) مثلًا ، والثاني (50 جنيهًا) ، والثالث (20 جنيهًا) ، ثم تباع تذاكر لكل مشتر على اسم الحصان الذي يختاره من بين الخيل المتبارية ، فإن كسب الحصان الذي اشترى عليه كسب المشتري ، وإن خسر الشوط كل لاعب عليه . وهذا هو بعينه القمار ، فكم من رجال لعبوا بقوتهم وما معهم من مال فخسروه ، وكم من سيدات لعبن فخسرن حتى حليهن ، وكم من خادم لعب فخان أمانة سيده ، ومثل هذا يجعل أفراد الأمة ضعيفي العقول يعيشون على الأمل الكاذب في الحظ؛ فيضيعون ما معهم انتظارًا للربح بلا مسعى جدي فيعيش الكسالى لهذا

= وهذا التمييز بين الالتزام المدني والالتزام الطبيعي يقابله في الفقه الإسلامي التمييز بين الواجب قضاء والواجب ديانة . فالالتزام المدني أو الواجب قضاء يجبر المدين على تنفيذه . والالتزام الطبيعي أو الواجب ديانة لا جبر في تنفيذه .

والالتزام الطبيعي واجب أدبي أو أخلاقي يرتفع به القانون عن مستوى الواجب الأدبي المجرد ، فيرتب عليه بعض الآثار القانونية ، وبذلك يقربه من الالتزام المدني . وهو يقتصر على التزامات كانت في أصلها التزامات مدنية ثم أصبحت التزامات طبيعية لوجود مانع من المطالبة كما في حالة تقادم الدين ، بل يشمل كذلك التزامات كانت في أصلها مجرد واجبات أدبية ثم أصبحت التزامات طبيعية ، كتعويض شخص عن ضرر غير مباشر لا يجب التعويض عنه قانونا أو الإنفاق على شخص قريب معوز لا تجب نفقته قانونا .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 69) .

وراجع موضوع الالتزام الطبيعي عند عبد الرزاق السنهوري في الوسيط 721/2 وما بعدها . ومثال الواجب ديانة لا قضاء في الفقه الإسلامي الدين الذي يحجره المدين ويعجز الدائن عن إثباته أمام القضاء . وقد كان من المنطقي أن تقر الشريعة الإسلامية ، وهي الشريعة التي تنبني على البر والإحسان بأوسع معانيهما ، فكرة ما أطلق عليه في القانون الالتزام الطبيعي ، راجع المذكرة التوضيحية للقانون المدني الأردني في المادة 313 .

(1) وذلك كالوصية بأكثر من الثلث فهي باطلة وإن أجازها الورثة فعطية منهم الشرح الصغير (183/4) .

يكونون عالة على المجتمع ، فيجب على أهل الحل والعقد منعُ مثل هذا الخطر القتّال لمعنوية الأمة [1] ، وهم المسئولون عن ذلك بين يدي اللّه مصداقًا للحديث الشريف : « كلكم راع ، وكلكم مسئول عن رعيته [2] » إلخ .

وأما الالتزامات المدنية المقضي فيها بعدم السماع أو برفض الدعوى لغير سبب الدفع المبرئ للذمة فإنه يجب على المدين أداء ما في ذمته لصاحب الدين بينه وبين اللّه ، ولا تبرأ ذمته برفض الدعوى ولا بعدم سماعها مادام لم يؤد الدين ، ومثلها الالتزامات التي تعارض بحكم حاز قوة الشيء المحكوم فيه إلخ .

---

(1) تناولت المادة 740 مدني مصري ومشروع المدني المصري طبقًا لأحكام الشريعة أحكام المقامرة التي تعقد بجعل لمن يفوز بتحقيق هدف معين فيما هو من الرياضة واكتساب القوة ، وقد أجازت هاتان المادتان ذلك ، وأجازتا أن يكون الجعل من أحد المتسابقين أو من غيرهما على أن يعطى للفائز .

فقد يبذل الجعل من أحد المتسابقين ، كأن يقول أحدهما للآخر : إن سبقتني فلك علي مائة جنيه ، وإن سبقتك فلا شيء عليك . فهذا جائز ، لأنه لا يحتمل القمار فلا يتردد كل منهما بين أن يغنم ويغرم ، وإنما يحمل على التحريض على الرياضة والاستعداد لأسباب القوة .

وقد يبذل الجعل من غير المتسابقين ، كأن تقدم الدولة أو أحد الأندية أو غيرهما من الجمعيات مبلغا أو مالا لمن يفوز في مباراة معينة ، فهذا أيضا جائز للسبب المتقدم .

ولكن لا يجوز أن يشترط المتعاقدان جعلا لمن يفوز منهما على الآخر . كأن يقول أحدهما للآخر : إن سبقتني فلك علي مائة جنيه وإن سبقتك فلي عليك مائة جنيه . فهذا غير جائز لأنه يحتمل القمار بمعنى أن يتردد كل منهما بين أن يغنم ويغرم . وكأن يقدم كل من المتسابقين مالا يكون جميعه لمن يفوز منهما . فهذا أيضا غير جائز لأنه يحتمل القمار . لكن إذا اشترك في السباق ثلاثة ، فقدم اثنان منهما المال ولم يقدم الثالث شيئا ، فإن سبق أحد اللذين قدما المال أخذه كله ، وإن سبق الثالث أخذ المال كله وإن لم يسبق لا يغرم شيئا ، فإن هذا يجوز . ولهذا سمي ذلك الشخص الثالث محللا لأنه بسببه أصبح المال حلالا .

جاء في المحلى جـ 7 :

فقرة 970 : مسألة : وتعليم الرمي عن القوس والإكثار فيه فضله حسن .

فقرة 971 : مسألة : والمسابقة بالخيل ، والبغال ، والحمير ، وعلى الأقدام حسن ، والمناضلة بالرماح ، والنبل ، والسيوف حسن .

فقرة 972 : مسألة : والسبق هو أن يخرج الأمير أو غيره مالا يجعله لمن سبق في أحد هذه الوجوه فهذا حسن .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 290 ، 291) .

(2) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الجمعة ، باب الجمعة في القرى والمدن 38/2 ، حديث رقم 893 ، وأبو داود في « السنن » كتاب الخراج والإمارة والفيء ، باب ما يلزم الإمام من حق الرعية 180/3 ، حديث رقم 2928 ، والترمذي في « السنن » كتاب الجهاد ، باب ما جاء في الإمام 208/4 ، رقم 1705 عن عبد اللّه بن عمر .

وأما التزامات عديمي الأهلية متى ألغيت فلا شيء على عديم الأهلية إطلاقًا بعد بلوغه الرشد الشرعي ، فإن أراد التمسك بالوفاء بعد ذلك فهو تبرع منه ليس واجبًا عليه .

تعهُّد الأب بتربية وتعليم ولد طبيعي : هذا محض تبرع لا وجوب فيه على أن المشرع الإسلامي أهدر حق ولد السفاح عن والده الحقيقي محافظة على النسب الشرعي واحترامًا له . غير أنه ألزم الهيئة الاجتماعية بتربية وتعليم أولاد السفاح درءًا للشرور من جذوعها .

ودفع الأبوين مهرًا لولدهما تبرع أيضًا .

ومساعدة الأخ لأخيه عند مالك ليست واجبة ؛ لأنه لا نفقة واجبة بين الإخوة بخلاف مذهب أبي حنيفة ، فأوجب النفقة بين الإخوة عند الحاجة كما مر الكلام فيها في باب النفقات .

ودفع تكاليف المرض الأخير ومصاريف الدفن يجب إخراجها أولًا من تركة المتوفى فإن لم يكن له تركة فمن بيت مال المسلمين [1] إن لم يتبرع بها أحد من أقاربه أو من عامة المسلمين . وأما الديون المرتكزة على الشرف فإن كان سببها صحيحًا ندب الوفاء بها كخدمة شخص أخلص فيها لآخر ، وأعطاه أجر عمله ، وإن كانت لشيء محرم لم تقره قوانين كأجر المعاشرة بلا زواج فهي غير واجبة ، ولا يقرها التشريع الإسلامي ، بل يجب فيها الحد على الزاني والزانية لإجبارهما على التزاوج الشرعي ، فلا تحترم الهيئة الاجتماعية عملًا خرج على أصول قوانينها المصطلح عليها .

الكتاب الرابع

بند [159] تلاشي الالتزامات

القانون الفرنسي : الدفع : الدفع هو إتمام ما تعاقد عليه الطرفان ، وهو المكون لمادة الالتزام ، فالدفع أعم من دفع النقود ، ويتحقق في فعل أو عدم فعل شيء أيضًا ، والكلام فيه على وجوه :

أولًا : الذي يملك الدفع .

الأساس العام أن الدفع يمكن أن يكون من أي شخص يهمه أو لا يهمه تنفيذ

(1) مصاريف دفنه من غسل وكفن ونحو ذلك يجب أن تكون بالمعروف بما يناسب حاله من فقر وغنى . حاشية الدسوقي (458/4) .

الالتزام ، فيكون أولًا من المدين ، ثم من الشريك في الدين ، ثم من الضامن أو من أي شخص أجنبي ، فيكون كوكيل عن المدين أو كمدير للعمل ، وليس للدائن الامتناع عن تسلم حقه ممن يدفعه إليه . فقط لا يجبر الدائن على تنازله عن حقه في الدعاوى ضد مدينه إذا كان الدافع يعمل باسمه لا باسم مدينه .

ويستثنى من قاعدة أن الدفع يمكن أن يكون من أي شخص ما إذا كان معتبرًا في التعاقد صفة خاصة في الملتزم وأنه من صالح الدائن أن يفعل المدين نفسه كالممثل أو الفنان ، فيتعين الدفع من المدين نفسه ، وللدائن الحق في الامتناع عن التقاضي من أي شخص آخر غير مدينه .

الشروط المطلوبة ليكون الدفع صحيحًا : ليكون أداء الالتزام صحيحًا يلزم وجود شرطين :

1 - كون المؤدِّي مالكًا لما أداه في الالتزام .

2 - كون المؤدِّي أهلًا للتملك .

فيطبق هذان الشرطان في الالتزامات بشيء له جنس أو شيء له قدر لا في عمل أو امتناع عنه .

فإن أدى الدافع بما لا يملك كان الأداء لاغيًا . وللدائن الحق في طلب مدينه بتنفيذ ما التزم به بشرط رد ما أخذه أولًا متى كان باقيًا . فإن هلك بين يديه بعارض طارئ فله أيضًا حق مطالبة مدينه بالأداء ، وليس عليه دفع ثمن ما تلف . ولا تبرأ ذمة المدين إلا بالأداء الصحيح حتى ولو نجا الدائن من كل حقوق الغير على هذا الشيء المؤدي لأي سبب كان كمضي المدة أو سقوط الحق أو وضع اليد في المنقول .

وللمدين في حالة الأداء لما لا يملك استرجاعُ ما أداه من يدي الدائن ليؤدي التزامه بطريق صحيح ، إلا إذا كان يستهلكه بنية سليمة فقد برئ المدين من التزامه، وليس لدائنه رجوع عليه .

وللمالك ما دُفع أداءً للالتزام حقٌّ استرداده ممن تحت يده متى أمكن ذلك قانونًا وإلا رجع على مغتصبه بقيمته وتعويضه .

فإن كان المؤدي ليس أهلًا للتصرف أمكن إلغاء هذا الأداء . والإلغاء حق لعديم

الأهلية ، وفي هذه الحالة يجوز للدائن طلب حقه . فإن أفنى ما تسلمه باستعماله بحسن نية فلا رجوع لأحد عليه ولا رجوع له على أحد [1] .

بند [160] تلاشي الالتزامات

التشريع الإسلامي : تتلاشى الالتزامات وتسقط عن الملتزم بالأداء ، فمن دفع خمسة وعشرين جنيهًا لدائنه وفاء لدين كان عليه بمثل هذا المبلغ فقد تلاشى التزامه وسقط عن الملتزم وجوب الأداء مرة أخرى . ومتى وقع الأداء صحيحًا والقبض والتسلم صحيحًا فقد برئت ذمه المدين ، ولا طلب لأحد عليه بعد ذلك .

فالدفع هو أداء ما تم التعاقد عليه بين الطرفين المتعاقدين أيًا كان نوعه [2] .

والذي يملك الدفع – يعني الأداء لما وقع عليه الالتزام – هو المدين أو الشريك في الدين أو الضامن أو أي شخص آخر بغير أمر المدين بشرط أن يكون الأداء رفقًا بالمدين ، فإن أداه إعناتًا له وضررًا به لعدواة بينهما مثلًا منع من ذلك ، ثم يرد ما أداه عنه عنتًا . وليس للمؤدي مطالبة ما على المدين بل يجب منعه من مطالبته قهرًا عنه [3] .

وحيث كان الأداء رفقًا بالمدين لزم رب الدين قبوله ولا كلام له ولا للمدين إذا كان الطالب له أحدهما ، فإن امتنعا معًا لم يلزم رب الدين القبول .

واقتضاء الدائن حقه في السلم ممن هو عليه أو ممن يدفعه بدله رفقًا به جائز بلا

---

(1) انظر : البنود من 1235 إلى 1248 ، في الفصل الأول ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 277 : 279 .

(2) تناولت المادة 341 مدني مصري والمادة 331 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة ما يكون به الوفاء ، وأنه لا يجبر الدائن على قبول غير المستحق حتى لو كان مساويًا في القيمة أو أعلى منها ، وهو ما أوجبته المادتان 208 ، 222 من مرشد الحيران ، وراجع في هذا حاشية ابن عابدين 276/3 وما بعدها . وقد تناولت الموضوع نفسه المادة 405 كويتي والمادة 329 مدني أردني .

(3) تناولت المواد 323 مصري و 375 عراقي و 322 سوري و 317 أردني من يكون له الحق في الوفاء ، وبينت هذه المواد أن الوفاء يكون من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء ، أو لا مصلحة له مالم يعترض المدين ويبلغ الدائن اعتراضه . راجع في ذلك من وجهة الفقه الحنفي المواد 196 ، 197 ، 202 ، 205 من مرشد الحيران .

جبر على الدائن حيث قضاه قبل الأجل أو المحل ؛ لأن الأجل في السلم (البيع لأجل) حق لكل منهما فإن كان المسلم فيه نقدًا أجبر الدائن على قبوله قبل الأجل إن طلبه المسلم إليه ؛ لأن الأجل حق لمن عليه الدين [1] .

وإن كان الدين قرضًا فيجبر المقرض على قبوله قبل أجله كان القرض عينًا أو غيره ، ولزم المشتري القبول كما يلزم البائع الدفع بعد الأجل والمحل .

ومتى دُفع الدين للدائن فليس له حق قِبَل مدينه إطلاقًا وبرئت ذمة المدين متى كان الدفع صحيحًا . ولا يقال : إذا كان الدفع باسم الدافع فتبقى دعاوى الدائن ضد مدينه . وإذا كان الدفع باسم المدين فتسقط تلك الدعاوي؛ لأن الدفع متى تحقق ، وكان صحيحًا ، والدافع يعلم أنه يؤدي التزام زيد لعمر ، وكان أهلًا للأداء فقد برئت ذمة المدين ، فلا توجد دعاوى بين الدائن والمدين ، إنما الدعاوى تكون بين المدين ومن أدى عنه التزامه . ففي الواقع قد انتقل شغل ذمة المدين بالتزامه من دائنه الأول إلى دائنه الثاني الذي أدى عنه التزامه [2] .

هذا إذا لم يكن الالتزام ملحوظًا فيه شخص الملتزم كخياط معروف أو نجار أو حداد مثلًا معين فيتعين عليه أداء الالتزام بنفسه حسب التعاقد . فإن أداه غيره فللملتزم له الامتناع عن القبول . بل لو تلفت مادة الالتزام فالملتزم ضامن ؛ لأنه يجعل الغير يفي بما التزم به مع أنه هو المقصود بالذات فيعتبر متعديًا والمتعدي ضامن .

فإن كان الالتزام بأداء شيء وجب أن يكون الشيء المؤدَّى مملوكًا للمؤدِّي وأن يكون المؤدِّي أهلًا للتمليك . فان أدى من مال غيره أو كان صغيرًا أو سفيهًا أو مجنونًا فالأداء باطل ، ولا تبرأ به ذمة المدين ، فللدائن إذن مطالبة مدينه بالوفاء

---

(1) يقول الدردير : المتاركة مفاعلة معناها الترك من الجانبين (بمتماثلين) أي مدينين بدينين متماثلين قدرًا وصفة كعشرة محمدية وعشرة محمدية أو غير متماثلين كما يأتي حال كون كل واحد منهما عليه مثل ما على صاحبه ، وكل واحد منهما يترك الدين الذي له على صاحبه .

الشرح الصغير جـ 3 ص 118 ، 119 .

(2) تناولت المادة 334 مدني مصري ، والمادة 315 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 395 مدني أردني ، موضوع الوفاء بالدين من غير المدين ، وحق هذا الغير في الرجوع على المدين بما أداه عنه . وهو ما تناولته المادتان 198 و 205 من مرشد الحيران .

وعليه رد ما أخذ ؛ لأنه ليس ملكًا لمن أداه ، فهو مغتصب من الغير ؛ فعليه رده [1] .

وإن كان الالتزام عملًا وجب أن يُؤَدَّى العمل حسب التعاقد بلا نظر إلى أهلية المؤدي . لكن لو فُرِض واتفق شخص مع آخر على حرث أرض معينة بأجر كذا ، فحضر شخص آخر قاصر أو سفيه وحرث هذه الأرض نيابة عن الملتزم ، ثم حضر وليه يطالب صاحب الأرض بأجر عمل من تحت ولايته فلا ينفع صاحب الأرض ادعاؤه أنه متفق مع فلان الذي عمل مكانه هذا القاصر ، فيجب على الملتزم بالحرث إما دفع الأجر للقاصر ؛ لأنه أدى عملًا له ليس واجبًا عليه أو الملتزم له فيدفع له أجره ، ثم يرجع على من التزم له بالعمل ؛ لأنه لم يعمل ما تعهد به [2] .

(1) تناولت المادة 335 من القانون المدني المصري الشروط الواجبة في الوفاء لصحته ، ونصها :
1 - يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه .
2 - يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى فيه وينقضي به الالتزام إذا لم يُلحق الوفاءُ ضررًا بالموفي وهو ما تناولته المادة 313 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .
والمادة 392 من التقنين الكويتي .
والمواد 376 و 377 و 378 من التقنين العراقي .
فالمادة 376 من هذا التقنين تنص على أنه « يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكا لما دفعه فإن استحق بالبينة وأخذه صاحبه أو هلك وأخذ بدله فللدائن الرجوع بدينه على غريمه » .
والمادة 377 تنص على أنه « إذا كان المدين صغيرا مميزا أو كبيرا معتوها أو محجورا عليه لسفه أو غفلة ودفع الدين الذي عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررا بالموفي » .
والمادة 378 تنص على أنه « لا يصح للمدين أن يوفي دين أحد غرمائه في مرض موته إذا أدى هذا الوفاء إلي الإضرار ببقية الدائنين » .
وهو ما تناولته كذلك المادتان 318 و 319 من التقنين الأردني .
فالمادة 318 من هذا التقنين تنص على أنه « يشترط للبراءة من الدين أن يكون الموفي مالكا لما وفى به . وإذا كان المدين صغيرا مميزا أو كبيرا معتوها أو محجورا عليه لسفه أو غفلة ودفع الدين الذي عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررا بالموفي » .
والمادة 319 تنص على أنه « لا ينفذ الوفاء لبعض الدائنين في حق الدائنين الآخرين إذا كان المدين محجورا للدين ووفي من المال المحجور أو مريضا مرض الموت وكان الوفاء يضر ببقية الدائنين » .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 97) .
(2) تناولت المادة 208 من القانون المدني المصري والمادة 222 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع الالتزام بالعمل وحق الدائن في رفض الوفاء بالالتزام من غير المدين نفسه إذا جرى الاتفاق أو استوجبت طبيعة العمل الملتزم به أن ينفذه المدين بنفسه .

=

ويعتبر الملتزم له أمينًا على الشيء المؤدَّى (مادة الالتزام) متى كانت غير مملوكة للمؤدي ، فإن هلكت بفعله ضمن القيمة أو المثل يوم التعدي ، وإن هلكت بعارض قهري لا دخل له فيه فلا ضمان عليه حيث لم يعلم بالغصب والضمان على الدافع ؛ لأنه غاصب [1] . ولا تبرأ ذمة المدين بهذا الأداء ، ومن وفى بملك غيره ففات عند رب الدين فإن الوفاء يمضي وعلى الغاصب مثل المثلي أو ثمنه إن كان طعامًا ، وقيمة المقوم ، ولا يتعرض لرب الدين ما دام لم يعلم بالغصب .

وبما أن المدين هو المسئول عن صحة الأداء فإذا أدى ما لا يملك فله الرجوع بما أداه من ملك الغير لرده لمالكه والوفاء بالتزامه أداء صحيحًا يبرئ ذمته [2] .

فإن استهلك الدائن ما أخذه معتقدًا أن ذلك الأداء صحيح فلا شيء عليه ، وإنما التبعة على المدين ، وإذن فقد برئت ذمة المدين ولا مطالبة للدائن عليه .

فإن كان الشيء المؤدى للدائن لا زال موجودًا فلمالكه حق استرجاعه منه مباشرة ، وللدائن إذًا الرجوع مرة أخرى بدينه على المدين .

فإن كان المدين سفيها أو صغيرًا أو مجنونًا وأدى ما عليه نظر الولي فإن كان مصلحةً أمضاها حيث كانت طبقًا لالتزامات غير الرشيد ، وإن تنافت مع المصلحة أبطلها حيث كانت غير مطابقة لالتزامات غير الرشيد . فإن أفناها من تسلمها فلا

= وهو ما جاء في المادة 249 من التقنين العراقي .

والفقرة الأولي من المادة 356 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا كان موضوع الحق عملا واستوجبت طبيعته أو نص الاتفاق على أن يقوم المدين به بشخصه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غيره » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 73) .

(1) الضمان على السارق أو الغاصب طبقًا لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 217 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .

(2) تضمنت المادة 325 من القانون المدني المصري اشتراط ملك المدين للشيء الذي يوفي به التزامه وأن يكون أهلا للتصرف فيه حتى يصح الوفاء بالدين . ومفهوم ذلك أن وفاء المدين لا يصح إذا لم يكن الشيء الموفي به مملوكا له ، لأن التصرف في ملك الغير لا يصح . ويكون تصرفه في ملك الغير ينقله إلى حيازة الدائن غصبًا يستوجب الضمان . ويشاركه الدائن في ضمان المغصوب ، لأنه يكون غاصب الغاصب ، فيضمن إن علم بالغصب ويستقر عليه الضمان ، وإن لم يعلم وهلك المغصوب في يده ضمن ، وكان له الحق في الرجوع على المدين بما غرم . ويقابله المواد 313 مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، و 318 من القانون المدني الأردني .

شيء عليه متى كان التزامها صحيحًا ، وهي عين الشيء الملتزم بلا غبن على غير الرشيد ، وإن كانت أزيد من الشيء الملتزم به أو كانت مؤجلة ، وكان الأجل للمدين فلولي غير الرشيد استردادها أو أخذ الفرق من الدائن [1] .

بند [161] من يملك حق القبض لمادة التعاقد

القانون الفرنسي : قاعدة عامة : الذي يملك حق القبض هو الدائن أو من يمثله قانونًا ، فالدفع للدائن يبرئ ذمة المدين متى كان الدائن أهلًا للقبض ، فإن دفع لغير أهل فللدائن طلب الدفع مرة أخرى . ومع ذلك فإن كان الدفع لغير أهل برئت ذمة المدين في الأحوال الآتية :

أولًا : إذا كان الدائن قد انتفع بما قبض باقتناء ما هو خير من الالتزام .

ثانيًا : إذا أجاز الدائن الدفع الذي قبضه حال عدم الأهلية بعد أن حاز صفة الأهلية ، والذي يمثل الدائن وكيله القانوني بتوكيل عام أو خاص أو وصيه أو ولي أمره .

ويستثنى من الدفع للدائن أو وكيله نوعان :

النوع الأول : دفع لغير الدائن أو من يمثله يعتبر صحيحًا في الأحوال الآتية :

(1) متى أجاز الدائن الدفع الذي وقع لغيره اعتبر صحيحًا ، وبرئت ذمة المدين من التزامه .

(2) متى انتفع الدائن بما دفع مدينه كالدفع لدائن الدائن .

(3) متى كان الدفع للدائن الظاهر الذي يعرف الناس أنه هو الدائن ، كوارث يعرفه الناس أنه هو الوارث للمتوفىً الدائن فتبرأ ذمة المدين وجهًا لوجه مع الوارث الحقيقي الذي ظهر بعد ذلك ، وللوارث الحقيقي الرجوع على الوارث الظاهر فيما قبضه من المدين .

النوع الثاني : الدفع للدائن نفسه ليس قانونيًا ، وذلك في حالة دفعه للدائن بعد الحجز على ما بذمته تحت يده لدائن الدائن .

---

(1) يقول ابن رشد : « أما ذو الأوصياء فلا يخرجون من الولاية في المشهور عن مالك إلا بإطلاق وصيه له من الحجر أي يقول فيه إنه رشيد إن كان مقدما من غير الأب إلخ .. » .
بداية المجتهد جـ 2 ص 281 .

وحجز ما للمدين تحت يد الغير هو عمل قانوني به يمنع دائن مدين مدينه من دفع ما بذمته إليه ، ويدعوه إلى دفع ما بذمته لمدينه إليه هو .

ونتيجة حجز ما للمدين تحت يد الغير أن المدين المحجوز تحت يده ليس له الحق في الدفع ليد دائنه ، بل يجب عليه قانونًا الدفع لدائن دائنه فإن دفع لدائنه وجب عليه الدفع مرة أخرى لدائن دائنه الذي حجز تحت يده [1] .

بند [162] من يملك حق قبض مادة الالتزام

التشريع الإسلامي :

أولًا : إن كان الملتزم له بالغًا عاقلًا رشيدًا فهو الذي يملك حق قبض مادة الالتزام بنفسه أو بوكيل يوكله في القبض عنه في توكيل عام يشمل كل قبض أو بتوكيل خاص لشيء معين يتقاضاه عنه ، ومتى تم القبض على هذا الوجه برئت ذمة المدين [2] .

وأما توكيل المحامي في التقاضي ورفع الدعاوى ودفع الرسوم والمرافعات فلا يعتبر توكيلًا في القبض إلا إذا نص على ذلك في نفس التوكيل .

والقائم بأعمال إدارة الأملاك كالمحصل من السكان ومن المؤجرين يعتبر وكيلا في القبض عرفا وعادة . والقائم بأعمال الزراعة وكيل في الإيجار والمحاسبة والقبض من المستأجرين إلا إذا منعه المالك من ذلك .

ثانيًا : إن كان الملتزم له صغيرًا أو مجنونًا أو محجورًا عليه فلا يملك القبض أحد منهم [3] ، وإنما الذي يملك القبض الصحيح هو الوصي أو الولي [4] عمن ذكر فإن

---

(1) انظر : البنود من 1235 إلى 1248 ، في الفصل الأول ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 277 : 279 .

(2) قاعدة : متى تم القبض بشروطه برئت ذمة المدين وهذه القاعدة تقابل المادة 325 مدني مصري .

(3) قاعدة : لا يملك القبض الصغير أو المجنون أو المحجور عليه .

(4) جاءت المادة 110 من القانون المدني المصري والمادة 95 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية بأنه ليس للصغير حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة .

وهو ما جاءت به المادة 96 من التقنين العراقي .

والمادة 1/86 من التقنين الكويتي .

وحكم ذلك مستمد من الشريعة الإسلامية : م 966 من المجلة .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 22) .

قبض واحد منهم فقبضه باطل لا تبرأ به ذمة المدين وماله الذي أداه هَدْر إلا إذا صون به أحد هؤلاء ماله أو انتفع به في حفظ ماله ، فإن الدفع ينفع المدين في الأقل مما دفعه ومما صون به غير الرشيد ماله . وعلى هذا متى كان الدفع لغير أهل فللولي أو الوصي طلب الأداء من المدين مرة أخرى مع ملاحظة انتفاع غير الرشيد بما قبضه [1] إلخ .

فإن أجاز الولي أو الوصي الدفع لغير الرشيد أو أجاز من له القبض الدفع لغير دائن صح الدفع ، وبرئت ذمة المدين ، وليس للدائن عليه مطالبة مرة أخرى .

ولو انتفع الدائن بمثل دينه من أداء مدينه برئت ذمة المدين كمن دفع دين مدينه الواجب السداد مثلًا ، وكان مماثلًا لما عليه صح ، وبرئت ذمة المدين .

أما الدفع للدائن الظاهر (كوارث الدائن الظاهر) الذي تبين أنه غير دائن يعني غير وارث ، فإن كان قد تخالص معه الدائن الظاهر بأن كان تسلم منه سند الدين فلا مطالبة للدائن الحقيقي عليه ، وشأنه مع الدائن الظاهر ، يرجع عليه بما قبض من المدين لمورثه [2] .

وإن كان لم يتخالص أي لم يتسلم منه سند المديونية ، فالدائن الحقيقي يرجع عليه ، وهو يرجع على الدائن الظاهر ، ولا شأن للدائن الحقيقي مع الدائن الظاهر ؛ لأنه لم يضيع عليه شيئًا مادام سند المديونية موجودًا عند الدائن الحقيقي .

فإن كانت المديونية أداء التزام بدون سند وأداه المدين فعلى الدائن الأصلي مطالبة الدائن الظاهر بما قبضه ؛ لأنه قد استولى على شيء لا يستحقه فهو غاصب للتركة ، فليؤدها بما لها وما عليها ، ولا مسئولية إذن على المدين ، إلا إذا علم أن هذا الشخص ليس هو الوارث الحقيقي فهو متواطئ معه ، وهو الملتزم بالأداء مرة أخرى .

ويجوز للدائن كما سبق إخبار الحاكم أن مدينه له دين عند زيد ، ويخشى إذا أخذه عدم وجود شيء عنده ليستوفي منه دينه وهو مماطل في الدفع ، وللحاكم متى تبين له صحة هذه الدعوى أن يأمر المدين بأداء دينه لدائنه ، فإن أداه فبها وإن لم يؤده

---

(1) يقول الدردير : « وشرط صحة عقد العاقد - الملتزم والملتزم له - تمييز ، فلا يصح من غير مميز لصغر أو جنون أو إغماء أو سكر .... » الشرح الصغير جـ 3 ص 2 .

(2) يقول الدردير : فلا يلزم المحجور لسفه أو رق إلا بإذن الولي . الشرح الصغير جـ 3 ص 3 .

وكان له دين عند زيد ، فيأمر زيدًا بأداء ما عليه لدائن دائنه . ومتى تعلق حق الدائن بذمة مدين مدينه وجب على مدين المدين أداء دينه لهذا الدائن ، فإن لم يؤده إليه بل أداه لدائنه فهو ملزم بالأداء مرة أخرى لمن قضى القاضي بأن يدفع إليه ؛ لأنه عمل على إضاعة أموال دائن مدينه فألحق به ضررًا ، والضرر ممنوع ويجب رفعه .

بند [163] الالتزام الواجب أداؤه (مادة التعاقد)

القانون الفرنسي : يجب وضع القاعدتين الآتيتين في مادة التعاقد :

أولًا : يجب أن يكون الدفع مطابقًا للالتزام .

ثانيًا : يجب أن يكون الدفع غير مجزأ .

القاعدة الأولى :

الدفع يجب مطابقته للالتزام . فليس الدائن ملزمًا بقبض غير ما تم التعاقد عليه ولو كان أعلى قيمة أو أحسن وصفًا ، فإن قبل الدائن شيئًا معينًا بدل دينه صح ، وبرئت ذمة المدين متى أداه مختارًا .

فإن دفع المدين ما قبله الدائن بدل دينه الذي كان ذهبًا أو فضة متعاملًا بها (عملة سائرة) ، ثم استحق هذا المدفوع للغير بطل الدفع ، وعاد الدين بجميع لوازمه قِبَلَ المدين ما عدا الضامن فقد خرج من الضمان بعد التحويل المذكور .

القاعدة الثانية :

الدفع يجب ألا يكون مجزأً . فيدفع المدين كل دينه دفعة واحدة ، ولا يجبر الدائن على قبول تجزئة دينه في الدفع ، وزمن الدفع يكون كما دُوِّن في العقد ، ومع ذلك يجوز للمحكمة منح مدة للمدين تمكينًا له من الدفع . ومكان الدفع حسب نص العقد ، فإن أغفل العقد ذلك وجب أن يكون في محل المدين إلا إذا كان ذاتًا محددة معروفة فمحل الدفع يكون محل وجود هذه العين وقت تحرير العقد .

وكل مصاريف الدفع على المدين إلا بشرط في العقد يحملها للدائن [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1235 إلى 1248 ، في الفصل الأول ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 277 : 279 .

بند [164] الالتزام الواجب أداؤه (مادة التعاقد)

التشريع الإسلامي : يجبر الدائن والمدين على قبول وأداء الالتزام طبقًا لما تم عليه التعاقد بين الطرفين . وبما أن الدين يختلف باختلاف ما نتج عنه فلكل قسم حكم خاص وذلك :

أولًا : جاز قضاء قرض بمساو لما في الذمة قدرًا وصفة حل الأجل أم لا ، كان الدين عينًا أو طعامًا أو عرضًا .

وحاصل فقه المسألة أن القرض إن كان عينًا ، وأراد المقترض رده لزم ربه [1] قبوله مطلقًا ، كان في محل القضاء أو في غيره ، حل الأجل أوْ لا ، إلا لخوف في الطريق أو احتياج إلى كبير حمل فلا يلزمه قبوله قَبْل المحل . وإن كان القرض غير عين بأن كان عرضًا أو طعامًا فيجبر المقرض على القبول إذا أتى به المقترض في محل القضاء ، حل الأجل أم لا وإلا فلا يجبر [2] . وأما دين البيع فإن كان عينًا فحكمه حكم عين القرض ، وإن كان غير عين فيجبر ربه على القبول إن كانا في محل القضاء وحل الأجل . وإن كانا في غير المحل حل الأجل أم لا ، أو كانا في المحل ولم يحل الأجل فلا يجبر ربه على القبول اهـ [3] .

---

(1) قاعدة : القرض إن كان عينًا وأراد المقترض رده لزم ربه .

(2) تناولت المادة 347 من القانون المدني المصري والمادة 337 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية وجوب تسليم محل الالتزام إن كان عينا في مكان نشوء الالتزام ، أما إن كان محل الالتزام دينا متعلقًا بالذمة فيجب الوفاء في المكان الذي يوجد فيه المدين وقت الوفاء .

وهو ما تناولته المادة 336 من التقنين الأردني .

والمادة 412 من التقنين الكويتي .

والمادة 396 من التقنين العراقي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 102) .

(3) يقول المواق : إن من أحكام القرض أن يرد بعينه إن شاء أو يرد مثله .

التاج والإكليل جـ 5 ص 545 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 116 ، 117 .

والقرض لا يلزم أخذه بغير محله ، بمعنى أن المقترض إذا دفعه للمقرض في غير محل القرض ، وأبى من أخذه ، فإنه لا يلزمه قبوله لما فيه من زيادة الكلفة . فإن رضي بأخذه جاز إلا أن يكون الشيء المقترض عينا فيلزم مقرضها أخذها بغير محلها إذ لا كلفة في حملها ، ولو اتفق في الطريق خوف . وينبغي أن يكون مثل العين الجواهر النفيسة . الخرشي على مختصر خليل (232/5 ، وما بعدها) .

وجاز بأفضل منه صفة بشرط عدم الدخول على ذلك عند القرض وإلا فسد .

وجاز بأقل صفة وقدرًا أو أحدهما إن حل الأجل ، لا أزيد عددًا في المتعامل به عددًا ، أو أزيد وزنًا في المتعامل به وزنًا ، حل الأجل أم لا .

ثانيًا : قضاء ثمن البيع المترتب في الذمة : يجوز بالمساوي والأفضل صفة ، حل الأجل أم لا ، وبأقل صفة أو قدرًا إن حل الأجل لا قبله .

ثالثًا : قضاء ثمن المبيع إذا كان عينًا : يجوز بأكثر عددًا أو وزنًا مما في الذمة وأولى صفة ولو لم يحل الأجل [1] .

فلو كان الثمن عرضًا أو طعامًا فإن حل الأجل أو كان حالًّا ابتداء جاز بمساو وأزيد قدرًا أو صفة ، وبأقل إن كان عرضًا كطعام ، وجعل الأقل في مقابلة قدره ويبرئه مما زاد ، لا إن جعل الأقل في مقابلة الكل فيمنع لما فيه من المفاضلة في الطعام .

وإن لم يحل الأجل جاز إن كان بمثله صفة وقدرًا لا بأزيد لما فيه من (حط الضمان وأزيدك) لا بأقل لما فيه من (ضع وتعجل) [2] .

ومن القواعد الممنوعة في المعاملات ما يأتي :

(حط الضمان وأزيدك) فتدخل ثمن المبيع إذا كان عرضًا أو طعامًا ؛ لأن الحق في الأجل لرب الدين ، ولا تأتي في القرض مطلقًا ولا في ثمن المبيع إذا كان عينًا ؛ لأن الحق لمن عليه الدين إن شاء عجل أو أبقى للأجل .

(ضع وتعجل) [3] تجري في قضاء القرض وثمن المبيع كان القرض أو الثمن عينًا أو طعامًا أو عرضًا . كل هذا يجوز متى قبل الدائن من مدينه ، فإن حتم القدر والوصف المشترط في العقد فله ذلك .

---

(1) وتجوز المقاصة في ديني العين مطلقا ، إن اتحدا قدرًا ، وصفة ، وسواء حلا معا ، أو أحدهما ، والآخر مؤجل .

الشرح الصغير (119/3) .

(2) قال ابن رشد : « والصور التي يعتبرها مالك في ذرائع الربا منها : انظرني أزدك ، أو إلى بيع ما لا يجوز متفاضلًا أو بيع ما لا يجوز نساءً أو إلى بيع وسلف أو إلى ذهب وعرض بذهب أو إلى ضع وتعجّل وبيع الطعام قبل أن يستوفى بيع وصرف فإن هذهْ هي أصول الربا » بداية المجتهد جـ 2 ص 143 . الشرح الصغير (119/3 ، 120)

(3) قاعدة : ضع وتعجل أي نقص الدين المؤجل مقابل التعجيل بالوفاء به .

فإن كان الدين في الذمة – يعني دينًا نقدًا – وأدى بدله عينًا ، وقبلها الدائن ثم استحقت من يده للغير رجع بثمنها على المدين لا بدينه الأصلي ؛ لأنه حينما أدى العين بدل الدين النقد قد قضى الالتزام بهذه العين بدل الدين ؛ فأصبحت ملكًا للدائن فلما استحقت منه حُقَّ له أن يرجع بما استحق منه بقيمته إن كان قيميًّا وبمثله إن كان مثليًّا ، فقد تحول الدين في الذمة إلى عين في اليد؛ ولهذا لا يلتزم الضامن في الدين الذي كان في الذمة بالضمان بعد دفع هذه العين .

ومقتضى عودة الدين الأصلي بماله وما عليه أن يعود الضمان ؛ لأنه تبين أن الدين باق وأن الشيء الملتزم به لم يؤد ، وأن ذمة المدين ما زالت مشغولة حسب التشريع الوضعي ، ولكنه قال برجوع الدين دون الضمان ، وهو لا يتفق مع علة رجوع الدين . والأولى إلزام المدين بقيمة العين التي جعلها بدلًا عن دينه إن كانت العين مقومة أو مثلها إن كانت مثلية .

وأداء الالتزام يكون كنص التعاقد أو طبقًا للتعاقد ، ويكون أداءً كليًّا إلا إذا كان العقد يقضي أن يكون منجمًا فيؤدى كذلك . وإن أراد المديان دفع بعض ما عليه وهو موسر فهل يجبر الدائن على القبول أم لا ؟ خلاف . فإن كان المديان فقيرًا فيجبر الدائن على القبول اتفاقًا [1] .

ويجوز للقاضي منح مهلة لتاجر أحاطت به ظروف قاهرة أو غير تاجر ينتظر وفاؤه بحيث لا تضر بالدائن ، ويكون الدفع في المحل المشترط في العقد ، فإن لم يكن مشترطًا فمحل العقد إلا إذا كان العرف يقضي بغير ذلك فالعادة محكمة .

---

(1) تناولت المادة 342 من القانون المدني المصري والمادة 332 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية عدم جواز جبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بحق المدين في الوفاء الجزئي .

وهو ما تناولته المادة 330 من التقنين الأردني .

والمادة 406 من التقنين الكويتي .

والمادة 392 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا كان الدين حالا فليس للمدين أن يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلا للتبعيض » .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 215 من مرشد الحيران على هذا الحكم .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 101) .

ونفقة دفع الثمن على المشتري ، ونفقة دفع المثمن على البائع ، ونفقة القرض أخذًا وردًا على المقترض ، ونفقة الوديعة على المودع ، ونفقة العارية على المستعير إلا لشرط أو عرف في الجميع فيعمل به [1] .

بند [165] الدفع مع حلول شخص محل آخر

القانون الفرنسي : وهو أن يدفع الدين شخص ثالث للدائن ، أو يدفع بدله حبوبًا فيقبلها الدائن ، وبهذا برئت ذمة المدين من مطالبة دين دائنه ، وحل محل هذا الدائن من أدى الدين فأصبح المدين مدينا للشخص الثالث بدلا من دائنه .

ولدافع الدين دعويان : دعوى الوكيل أدى عن موكله دينه . وهي دعوى عارية عن كل ضمان للدين . ودعوى الدائن الأصلي وهي تنتقل إليه بما كان للمدين الأصلي من رهن وضمان إلخ .

والفرق بين حلول شخص ثالث محل الدائن بعد الدفع وبين تجديد الدين مع تغير الدائن أن الأول ينقل الدين وما يتبعه من ضمان ورهن إلخ ، والثاني يوجد دينًا جديدًا لا علاقة له بالأول .

والفرق بين دفع الدين من ثالث للدائن وحلوله محله وبين التنازل عن الدين لآخر نظير عوض أنهما يتفقان أولًا في حلول شخص في الحقوق والدعاوى والامتيازات والرهن مكان شخص آخر ، وأن الذي يُنْقَل من الشخص الأول إلى الثاني هو نفس الدين الأول ، ويختلفان في :

1 - التنازل عن الدين يتم بطريق المشتري نظير عوض فهو عمل تجاري ، وحلول الشخص الثالث الدافع للدين خدمة للمدين بإعطائه فرصه أخرى ليتمكن من الدفع بلا نظر للربح .

2 - المتنازل له عن الدين يمكنه مطالبة مدينه بكل الدين المكتوب في صك الدين ولو كان قد اشتراه بأقل ، بينما أن من دفع الدين لا يطالب مدينه إلا بما دفع فقط .

3 - التنازل عن الدين لا يعارض الشخص الثالث إلا إذا قبل المدين بإشهاد

---

(1) ومؤنة أخذ العارية من محل ربها ، ومؤنة ردها على المستعير . الشرح الصغير (233/3) .

رسمي أو أعلن بالتنازل رسميًا ، بخلاف دفع الدين فلا يشترط فيه ذلك .

4 - التنازل عن الدين يُشْتَرط فيه إرادة الدائن واختياره ، خلافًا لدفع الدين في بعض الأحوال ، فليس له الامتناع عن قبول دينه؛ بل يصح جبره عليه .

مأخذ دفع الدين من ثالث :

له مأخذان ، اتفاق الطرفين والقانون ، فالاتفاق نوعان : الأول من الدائن ، والثاني يأتي من المدين .

فالذي يأتي من الدائن هي الحالة الطبيعية ، إذ يفرض أن يأتي ثالث فيدفع الدين مكان المدين فينتقل حق الدائن إليه جميعه ، وما يتبعه بشرطين :

أولًا : يجب الحصول على رضا الدائن صراحة ولو بإمضاء عرفي .

ثانيًا : يجب أن يكون الحلول متفقًا عليه قبل الدفع ، أو في نفس وقت الدفع ؛ لأن الدين متى دفع بغير الاتفاق على الحلول لا يعود مرة أخرى لصالح الدافع ؛ بل يكون دائنًا عاديًا فقط . والذي يأتي من المدين هو أن يقترض مبلغ الدين من ثالث لدفع دينه مع إحلال المقرض محل الدائن ؛ فلا يشترط رضاء الدائن . فقط يشترط في القرض شكلًا ما يأتي :

1 - يجب تسجيل عقد القرض أمام مسجل العقود ، وأن يذكر فيه أن هذا القرض لسداد دين كذا .

2 - يجب تسجيل إيصال السداد أيضًا أمام مسجل العقود ، وذكر أن هذا الدين سُدِّد من قرض كذا .

والمأخذ القانوني وهو الحلول بنص القانون بدون اختيار لأحد الطرفين ، وهذا في أربع حالات يرى القانون أن المصلحة تقضي بذلك :

أولًا : أن يكون لشخص واحد دائنان أحدهما سُجلِّ أولا وله امتياز على العين ، والثاني سجِّل بعده ، فأراد الأول بيع العين المرهونة في وقت غير الرخاء ، فخشي الثاني أن الثمن لا يكفي سداد دينه أيضًا فيدفع دين الأول ، ويحل محله باسم القانون .

ثانيًا : أن يشتري شخص عقارًا ، ويدفع الثمن من يده لراهن العقار فيحل محله باسم القانون .

ثالثًا : أن يتعدد المدينون ، أو يكون المشتري ضامنًا فيدفع أحدهم الدين عن الآخرين ؛ فيحل محل الدائن .

رابعًا : أن يقبل شخص ميراثًا بشرط أن يحصر قدره أصلًا ودينًا ليعرف ماله وما عليه ، وقبل إتمام الحصر دفع دينًا من ماله الخاص؛ فيحل محل الدائن في الدين الذي دفعه .

نتائج حلول شخص محل آخر في الدفع :

قاعدة عامة : الحلول في الدفع يمنح الحالَّ كلَّ الحقوق التي كانت للدائن ، ويترتب على ذلك :

أولًا : يمكنه أن يعمل ضد المدينين بالتضامن وضد الضامن كما كان يعمل الضامن الأصلي .

ثانيًا : يرث الامتيازات والرهون من الدائن الأصلي ، ويستعملها حسب الترتيب الذي كان للدائن سواء أكان العقار بين يدي المدين أو شخص آخر .

ثالثًا : يرث أيضًا حق إلغاء عقد البيع إذا كان الحلول بدفع ثمن المبيع ، وكان هذا الحق للدائن الأصلي .

رابعًا : يمكنه استعمال صك الدين التنفيذي المتعلق بالدائن الأصلي ، ويجبر المدين على الأداء ولو جسمانيًّا ، واستعمال الاختصاص التجاري الذي كان للمدين الأصلي .

ويستثنى من ذلك :

1 – للدائن الأصلي أن يحد من نتائج الحلول بالاتفاق خصوصًا في الضمان .

2 – متى أبرأ الدائن الأصلي ذمة مدينه نظير مبلغ أقل من دينه فليس للحال مطالبة المدين بأزيد مما دفع للدائن الأصلي .

3 – متى وجد أكثر من مدين في عقد واحد فليس للحالِّ مطالبة أي واحد من المدينين بأزيد من نصيبه .

4 – متى كان الحلول في جزء من الدين فليس للحال استعمال امتياز يضر بالدائن الأصلي كحال ، ولكن له استعمال أي حق شخصي كوكيل في دفع

بعض الدين أو كرجل أعمال ضد المدين [1] .

بند [166] الدفع مع حلول شخص محل آخر

التشريع الإسلامي : سبق القول أنه يجوز لشخص آخر غير المدين أداءُ الدين ، أي دفع ما التزمه المدين متى كان يمكن أداؤه على نحو ما سبق ، سواء أكان المؤدي شريكًا أم ضامنًا أم أجنبيًا بشرط ألا يكون الأداء إضرارًا بالمدين . ومتى أدى الالتزام فقد برئت ذمة المدين مما التزم به لدائنه الأول . ومن أدى الدين (الالتزام) إما أن يكون متبرعًا أوْ لا ؛ فإن كان متبرعًا بما أدى فقد برئت ذمة المدين أيضًا بالنسبة إليه ، وإن كان غير متبرع فقد أصبح الالتزام الذي على هذا المدين مستحقًّا لمن أداه لا للدائن الأول ؛ فيكون الدائن الثاني هو صاحب الحق في الالتزام دون الدائن الأول ؛ وينتقل إليه ضمان الالتزام أيضًا كما كان للدائن الأول متى كان ذلك مشترطًا في صك الدين الأول [2] .

ولدافع الدين دعوى ضد المدين أنه دفع دينه رفقًا به ، ويطلب منه أداء مثل ما دفع عنه وأنه ما كان متبرعًا بما دفع ، وله دعوى أخرى ضد الضامن متى كان قابلًا في تحويل الدين للغير ، وسيأتي بيان ذلك قريبًا [3] .

وحلول شخص ثالث محل الدائن بعد الدفع لا ينقل الدين وما يتبعه من ضمان ورهن إلا إذا قبل الضامن أو المدين .

وأما تجديد الدين فهي عملية أخرى مستقلة سيأتي الكلام عليها في بيع الدين ، فلا علاقة بالدين الجديد مع الدين القديم ، وسيأتي أقسامه وأحكام كل قسم .

دفع الدين من ثالث وحلوله محل الدائن ، وتنازل الدائن عن دينه لثالث نظير

---

(1) انظر البنود من 1249 إلى 1252 ، في الفصل الأول ، من الباب الخامس ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول .

(2) يقول ابن رشد : من ضمن عن رجل مالا لزمه وبريء المضمون ، ولا يجوز أن يكون مال واحد على اثنين راجع تفصيلاتها في بداية المجتهد جـ 2 ص 297 وما بعدها ، وإرشاد السالك ص 96 ، 97 .
حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 2 وما بعدها .

(3) تناولت المادة 334 مدني مصري والمادة 315 جواز قيام غير المدين بالوفاء بالدين ، ويحق لهذا الغير الرجوع على المدين بقدر ما دفعه . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 205 من مرشد الحيران ، ونصها : « إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المديون ، سواء قبل أو لم يقبل ... » .

عوض يتفقان في أن الدين أصبح ملكًا للثالث ، وأن حق الامتياز والرهن والضمان ينتقل إلى الشخص الثالث ، متى قبل الضامن أو المدين في الرهن والامتياز .

ولكن التنازل قد يكون بطريق المشتري دون دفع الدين من ثالث فهو رفق به ، والتنازل عن الدين نظير عوض يحتم على الشخص الثالث أخذ ما دفع من عوض فقط ، كما يأخذ ما دفع أيضًا في الوفاء بالدين .

والتنازل عن الدين يتم بإشهاد شرعي وببينة شرعية بشروط ستأتي . والدفع يتم بمجرد الأداء ، وفي التنازل يجب اختيار المتعاقدين ككل العقود ؛ لأنه عقد بيع . وفي دفع الدين من ثالث قد يجبر عليه متى بلغ الأجل والمحل ، وكان حسب مواصفات عقد الالتزام .

دفع الدين من ثالث :

قد يكون دفع الدين من ثالث من غير علم المدين بأن كان ذلك من الشخص الثالث ، وهو جائز بشرط أن يكون ذلك رفقًا بالمدين لا إضرارًا به ، فلا يجوز حينئذ ؛ ويرد ما أداه عنه عنتًا .

وليس للدائن الامتناع عن قبول الدفع حسب التفصيل السابق فيمن يملك الأداء متى كان الأداء جائزًا شرعًا [1] .

---

(1) تناولت المادة 323 من القانون المدني المصري موضوع وفاء غير المدين بالدين ونصها :
1 – يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء . وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة 208 .
2 – ويصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة في هذا الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض .
وهو ما تناولته المادة 317 من التقنين الأردني ، والمادة 391 من التقنين الكويتي ، والمادة 375 من التقنين العراقي .
وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 196 من مرشد الحيران على أنه « يجوز وفاء الدين من المديون الأصيل ومن الكفيل إن كان له كفيل أو من شريكه إذا كان الدين مشتركا » . ونصت المادة 197 على أنه « يجوز وفاء الدين المطلوب من المدين من شخص غيره بأمره وبغير أمره » .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 97) .
وقد تناولت المادة 327 مدني مصري والمادة 317 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية حق الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين « أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ، ولو لم يقبل المدين ذلك . ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء » .
وهو ما جاء في المادتين 380 عراقي و 395 كويتي .

وقد يتفق الدائن مع الشخص الثالث على أن يبيعه الدين بثمن معين بينهما فهذا يسمّى بيع الدين وفيه التفصيل الآتي :

أولًا : يمنع شراء دين من ربه عنتًا بالمدين ويرد . فإن فات الثمن بيد بائعه رد مثله أو قيمته . فإن تعذر الرد بموت رب الدين أو غيبته تولى الحاكم قبض الدين من المدين بالمعروف ودفعه للمشتري عنتًا ومنعه من التسلط عليه .

ثانيًا : يمنع بيع الدين بالدين بفسخ ما في الذمة في مؤخر من غير جنسه ، أو في أكثر في الذمة أو في معين يتأخر قبضه [1] .

ويمنع بيع الدين بدين لغير من هو عليه كبيع دين على غريم بدين في ذمة رجل ثالث [2] ، ويمنع ابتداء الدين بالدين كتأخير رأس مال السلم أكثر من ثلاثة أيام ، والشرط في السلم تعجيله .

ثالثًا : لا يجوز بيع دين الميت ولا دين الغائب ولا دين حاضر لم يقر به لما في ذلك من بيع ما فيه نزاع وخصومة [3] .

ويجوز بيع الدين بالشروط الآتية :

(1) حضور المدين . (2) وأن يكون المدين حيًّا .

(3) وأن يكون المدين مقرًّا بالدين .

(4) وكون المدين ممن تناله يد القضاء وتأخذه الأحكام .

(5) كون الثمن من غير جنس الدين أو بجنسه من غير العين .

(6) واتحدا قدرا وصفة .

(7) وليس الدين ذهبًا بيع بفضة وعكسه .

---

(1) هذا هو النوع الأول من أنواع بيع الدين بمثله ، وهو « فسخ ما في الذمة من مؤخر من غير جنسه أو في أكثر ، ولو معينا » الشرح الصغير (34/3) .

(2) النوع الثاني (بيع الدين بدين لغير من هو عليه كبيع دين على غريمك بدين في ذمة رجل ثالث) الشرح الصغير (35/3) .

(3) لا يصح بيع دين ميت ؛ لأنه من بيع ما فيه خصومة ، ولا دين غائب ، ولو قربت غيبته ، ولا دين حاضر لم يقرّ به . الشرح الصغير (35/3) ، وما بعدها .

(8) وألا يكون طعام معاوضة .

(9) وألا يكون بين المشتري والمدين عداوة [1] .

فمتى توفرت هذه الشروط صح بيع الدين بثمن حال أو بمعين يتأخر قبضه أو بمنافع معين سواء أكان المعين عقارًا أم غيره [2] .

---

(1) يقول الدردير : « وشرط صحة بيع الدين : حضور المدين وذلك يستلزم حياته وإقراره به ، وتعجل الثمن ، وكونه من غير جنسه أو بجنسه ، أو اتحدا قدر أو صفة وليس ذهبا بفضة ، وعكسه ولا طعام معاوضة ولا دين ميت .... » ، الشرح الصغير جـ 3 ص 35 ، جـ 4 ص 368 ، 369 من مواهب الجليل للحطاب ، والتاج والإكليل للمواق جـ 4 ص 267 ، 268 .

(2) تناولت المادة 303 من القانون المدني المصري والمادة 291 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، موضوع حوالة الحق .

وهو ما تناولته المادة 362 من التقنين العراقي . والمادة 364 من التقنين الكويتي .

وتقضي هذه المواد بأنه إذا كانت الحوالة بعوض ، فيشترط فيها أن يعجل هذا العوض . وهذا الشرط مأخوذ من مذهب الإمام مالك . حيث يجب أن يعجل الثمن . وإلا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز . فقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ وهو بيع الدين بالدين (الشرح الكبير جـ 4 ص 165) .

وإذا كان العوض من جنس الحق المحال به فيشترط لذلك أن يكون العوض مساويا للحق . فإذا اشترى المشتري الدين بثمن من جنسه أقل من قيمته ، كان سلفا بمنفعة ويداخله الربا .

والمذهب المالكي ، دون المذاهب الثلاثة الأخرى ، الحنفي والشافعي والحنبلي ، يقر حوالة الحق فيما يسميه بهبة الدين وبيع الدين . ويشترط لانعقاد هبة الدين لغير المدين ، وهي حوالة حق عن طريق التبرع ، ما يشترط لانعقاد الهبة بوجه عام .

ويشترط لانعقاد بيع الدين إلي غير المدين ، وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة ، ما يشترط لانعقاد البيع بوجه عام . ويشترط المذهب المالكي إلى جانب ذلك شروطا أخرى هي :

1 – ألا يكون الدين حقا متنازعا فيه ، لأن شراء ما فيه خصومة غير جائز .

2 – ألا يكون الدين طعاما في ذمة المدين ، لأن بيع الطعام قبل قبضه ممنوع .

3 – ألا يكون الثمن من جنس الدين ، إذ المشتري يشتري الدين المؤجل عادة بأقل من قيمته فيكون سلفا بمنفعة ويداخله الربا .

4 – أن يعجل الثمن ، وإلا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز .

5 – ألا يكون المشتري خصما للمدين ، وإلا كان في هذا إعنات للمدين بتسليط خصمه عليه .

انظر في ذلك : المدونة الكبرى للإمام مالك جـ 9 ص 128 – 130 . التاودي على التحفة جـ 2 ص 47 . السنهوري ، الوسيط جـ 3 فقرة 240 ص 434 و 435 .

وانظر المادة 66 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك (الشرح الصغير وحاشيته 37/3 ، مواهب الجليل 368/4) .

=

ومن اشترى دينًا أو وهب له ، وكان الدين برهن أو حميل (ضامن) لم يدخل في الدين المبيع [1] (أي في البيع) الرهن أو الحميل إلا بشرط دخولهما وحضور الحميل وإقراره بالحمالة .

بخلاف من ورث دينًا برهن أو حميل ؛ فإنه يكون له به ، وإن لم يشترط ذلك .

فإن كان الدين محررًا في صك اعترف فيه المدين بالدين ، وقبل تحويل هذا الصك لمن يشاءُ الدائنُ ، وضمن ذلك زيد من الناس ، فهو بلا شك ضَمِنَ سداد الدين على هذه الصفة التي قبلها المدين ، وهو جواز التحويل للغير . فحينئذ إذا تنازل الدائن عن هذا الدين لثالث بطريق البيع أو بطريق الحوالة مع الاعتراف بالقبض فينتقل الدين للثالث بماله وما عليه بضمانه ورهنه [2] إلخ ؛ لأن المدين قابل في الصك صراحة وكذلك الضامن ، فلا داعي لحضورهم وقبولهم ؛ لأن في هذا نقضًا لما تم الاتفاق عليه بين الطرفين وإعطاء حق للمدين لم يكن له في التعاقد ، وكذا للضامن [3] .

وقد يأتي المدين بشخص يؤدي ما التزم به بدله على أن يحل محل دائنه فهذا جائز بلا نزاع . وليس للدائن الامتناع عن الاقتضاء ما دام ذلك كان من قرض أو دين أو ثمن مبيع أو كان من سلم وبلغ المحل وجاء الأجل . ويتبع في ذلك ما تم عليه الاتفاق بين المدين والشخص الثالث الدافع للدين ، ويكون ذلك ابتداء مديونية بين الشخص الثالث وبين هذا المدين . ولا علاقة للدائن بأي شيء بينهما ، ولا يشترط تسجيل ولا غيره إلا إذا كان الدين الأصلي مسجلًا يعني عليه إشهاد ،

= (انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 92) .

(1) في (ص) : [المباع] .

(2) قاعدة : إذا تنازل الدائن عن الدين لثالث بطريق البيع أو الحوالة مع القبض فينقل الدين له وعليه ضمانه ورهنه .

(3) يقول ابن عسكر : « الحوالة تحويل الحق إلى ذمة تبرأ بها الأولى بشرط رضاهما ورضي المحال عليه ، إلا أن يكون لاحق له عليه . ولا رجوع للمحال لتعذر الاستيفاء إلا أن يغره لا إن علم فقره فرضى به ، ويشترط حلول المحال به وكونهما من جنس ولا يحال على غائب لا يعلم حاله ولا على ميت » . إرشاد السالك ص 97 ، وراجع باقي تفصيلاتها في مواهب الجليل جـ 5 ص 90 وما بعدها ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 299 وما بعدها .

فتسديده يكون بإشهاد أيضًا [1] .

وأما الحلول بموجب القانون ففي ذلك التفصيل الآتي :

إذا كان لشخص دائنان أحدهما سابق على الآخر في الاحتفاظ بالعين المرهونة نظير دينه فيحق للدائن الأول المرتهن الانفراد بالرهن في بيعه واستيفاء حقه منه قَبْل الدائنين الآخرين ، فلو فرض أن الدائن الثاني قبل رهن العين المرهونة للأول فيما زاد على دينه ، وجاء الدائن الأول يريد بيع الرهن ليستوفي منه نصيبه فخشي الدائن الثاني ألا يبقى له شيء من الرهن فدفع دين الأول فتصير العين المرهونة خالصة للثاني متى كان المدين قابلًا تحويل الرهن . وأما إذا لم تكن مرهونة للثاني فيما زاد على دين الأول ، ولم يكن المدين قد قبل تحويل الدين وما يتبعه من الرهن فلا ينتقل حق الرهن للدائن الثاني ، فلا خروج في هذا على القاعدة العامة وهو أن الرهن أو الضمان لا ينتقلان مع الدين إلا برضا واختيار الضامن أو الراهن [2] .

وإذا اشترى شخص عقارًا ، ودفع الثمن من يده لراهن العقار فيحل المشتري محل الراهن ؛ لكن لا كراهن بل كمالك للعقار ؛ لأن قيمة الرهن هو الثمن الذي دفعه فتبرأ ذمته من الثمن قبل البائع .

وإذا تعدد المدينون أو كانوا ضمَّانًا فدفع أحدهم الدين عن الآخرين فيحل محل الدائن ، فإن كانوا ضمَّانًا رجع على المدين ، وإن كانوا ضمانًا متضامنين رجع على من لقيه منهم بغير ما أدى من دينه وساواه فيما أداه عن الباقين . وإن كانوا مدينين

---

(1) تقضي المادة 315 من القانون المدني المصري والمادة 304 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، بانعقاد حوالة الدين باتفاق المدين وشخص آخر على أن يتحمل عنه الدين .

وهو ما قضت به المادة 1/339 من التقنين العراقي التي تنص على أن « حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال إليه » .

وكذا المادة 993 من التقنين الأردني التي تنص على أن : « الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه » .

وهو ما جاء في المادة 1/377 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « يترتب على حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 94) .

(2) قاعدة : الرهن أو الضمان لا ينتقلان مع الدين إلا برضا واختيار الضامن أو الراهن .

رجع على كل بنصيبه إلا إذا كان بينهم تضامن ، فكذلك إذا دفع الوارث دينًا على أن التركة تحمله معتقدًا أن التركة تفي بديونها ، ثم تبين أنه لا فصل فيها يسع هذا الدين الذي أداه فقد أدى ما لم يجب عليه معتقدًا أنه سيأخذه من التركة . وبما أنه لا ميراث إلا بعد سداد ديون المورث فلمن أدى الدين الرجوع على الدائن بما أداه لعدم الوجوب أولًا ؛ ولأنه أدى ليرجع وما دام الدين قد استغرق كل التركة فيجب على آخذ الدين مشاركة بقية الدائنين بنصيب الدين في التركة .

نتائج حلول شخص محل آخر في الدفع :

قاعدة عامة : الحلول في الدفع لا يمنح الحالَّ كلَّ الحقوق التي كانت للدائن إلا إذا قبل ذلك الراهن أو الضامن [1] .

فلا يمكن للحالِّ العمل ضد المدينين بالتضامن ولا ضد الضامن كما كان يعمل الدائن الأصلي إلا إذا قبل الضامنون في صك الدين تحويل ذلك .

ويرث الامتيازات والرهون من الدائن الأصلي بغير قبول الراهن .

ويمكنه استعمال صك الدين التنفيذي المتعلق بالدين الأصلي متى تنازل عنه الدائن شرعًا . ولو أبرأ الدائن ذمة مدينه من بعض دينه فليس للحال مطالبة المدين بالدين كله ؛ بل يطالب بما بقي ، ولو صالح رب الدين الحال على مبلغ أقل من الدين فلا يرجع الحال على المدين إلا بالأقل من الدين ومن قيمة ما صالح به .

بند [167] خصم التسديد

القانون الفرنسي : هو تحديد الدين المسدد بدفع مبلغ لا يفي لسداد جميع مطلوب شخص من آخر ، وقاعدة الخصم الاتفاقية هي أنه للمدين عند سداد دين من ديونه إلى دائنه أن يعلن عنه ذاتيًا مثلًا (دفع مبلغ 100 جنيه قال : إنها سداد لمبلغ الرهن عن العين الفلانية) .

لكن إذا كانت مصلحة الدائن تتعارض مع هذا الإعلان فإن الدفع لا يكون إلا

---

(1) قاعدة : الحلول في الدفع لا يمنح الحال كل الحقوق التي كانت للدائن إلا إذا قبل ذلك الراهن أو الضامن .

برضا الدائن ، والدفع يكون من الأصل والفوائد . ومع ذلك لو احتسبها الدائن في دين مماثل فلا حق للمدين في احتسابها في دين آخر ، فإن لم يكن بينهما اتفاق فالاحتساب القانوني تُتَّبع فيه القواعد الآتية :

يحتسب الدفع أولاً من الدين الذي حل أجله ، فإن تعدد الدين المذكور احتسب في الأنفع للمدين الذي يدفع فائدة أكثر ، فإن استوى الدين في المنفعة احتسب من الأسبق من الديون ، فإذا كانت جميع الديون متفقة في جميع المميزات احتسب بنسبتها [1] .

بند [168]

التشريع الإسلامي

خصم التسديد : هو أن يكون لشخص دينان على آخر ، أحدهما برهن أو بحميل (ضامن) أو أحد الدينين أصالة ، والثاني حمالة فيدفع المدين مبلغًا لا يفي بالدينين .

فللمدين الحق عند دفع أي مبلغ من ديونه أن يبين لدائنه الدين الذي يخصم منه ، فإن بيَّن المدين واتفق مع الدائن فبها ، وإلا فإن اختلفا بأي الدينين يبدأ وَزَّع المقبوض على قدر الدينين بلا حلف [2] ، ولو قال المدين : لقد نويت وقت السداد أن يكون المسدد من دين كذا ، ولم يوافقه الدائن وزع كذلك بين الدينين أو الديون بالنسبة بينهما أو بينها .

وإن اختلفا بعد الدفع فقال المدين : لقد بينت لك أن الخصْم عند دفعي مبلغ كذا يكون من الدين الفلاني مثلاً الذي برهن . وقال الدائن : بل قلت عن

---

(1) انظر : البنود من 1253 إلى 1256 ، في الفصل الأول ، من الباب الخامس من الكتاب ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 281 ، 282 .

(2) تناولت المادتان 344 ، 345 من القانون المدني المصري والمادتان 334 ، 335 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع وفاء المدين بما لا يفي بديونه المتعددة ، والحكم بأن المدين هو الذي يحدد الدين الذي وفى به من هذه الديون المتعددة . فإذا لم يعين يكون الاستنزال من الديون الحالة لا المؤجلة ، فإذا تعددت الديون الحالة كان الاستنزال من حساب الديون الأثقل في كلفتها على المدين .

وهو ما تناولته المادتان 332 ، 333 أردني ، والمادتان 408 ، 409 كويتي والمادة 393 عراقي . ويقترب من ذلك ما جاء في المادة 1775 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 216 من مرشد الحيران .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 102) .

الدين الذي بلا رهن حلف كل منهما على نفي دعوى صاحبه وصحة وصدق دعواه . فإن حلفا أو نكلا وزع المقبوض على الدينين بالنسبة . ويُقضَى للحالف على الناكل سواء حل الدينان أو أحدهما أو لم يحلا ، اتحد أجلهما أو اختلف تقارب أو تباعد ، وقال بعض علماء المذهب (الإمام اللخمي [1]) : إن محل توزيع المقبوض على الدينين إن كانا حالين أو مؤجلين واتفق أجلهما أو تقارب . وأما إن كانا مؤجلين ، وأجلهما متباعد ، فالقول قول مدعي الأجل القريب وكذا إذا حل أحدهما فالقول لمدعيه . والظاهر أن واضعي القانون الوضعي أخذوا هذا القول من المذهب [2] .

بند [169] عرض الدفع والاستيداع

القانون الفرنسي : هذه طريقة خاصة تمكن المدين من إبراء ذمته من المديونية بالرغم من سوء نية دائنه ، وذلك بعرض ما التزم به في مكان محدد وإعلان المدين بتسلمه ، وهذا هو تنبيه الدائن بتسلم حقه .

شروط صحة العرض هي شروط صحة الدفع (المادة 1258) وطريقة العرض والإيداع هي :

أولًا : في مبلغ من المال : يجب أن يكون العرض بواسطة محضر أو مسجل العقود يحمل المبلغ معه إلى محل الدائن ، فإن قبله أعطى مخالصة ، وإن لم يقبله أُودِع في إحدى خزائن الحكومة .

ثانيًا : في شيء له جنس أو نوع ، يعلن بالحضور للتسلم في محل محدد ، وكذا في شيء معين .

ونتيجة العرض والإيداع براءة ذمة المدين من الالتزام وأن الشيء المؤدى والمودع لو هلك يكون على حساب الدائن ، وتقف الفائدة من وقت الإيداع .

---

(1) اللخمي : هو أبو الحسن على محمد المعروف تفقه بابن محرز ذو السيوري وابن بنت خلدون وبه تفقه جماعة منهم الإمام المازرى وأبو الفضل وغيرهم ، له تعليق على المدونة مسماه التبصرة ، توفي سنة 478 هـ — انظر : الديباج المذهب 203 شجرة النور 117 .

(2) راجع في ذلك : الشرح الصغير جـ 3 ص 35 وما بعدها ، مواهب الجليل جـ 4 ص 368 ، 369 ، والتاج والإكليل جـ 4 ص 367 وما بعدها .

وتكون نتيجة العرض والإيداع معمولا بها من وقت عرض الدائن ما عليه أو من وقت حكم المحكمة النهائي بأن الدفع صحيح . إلى هذه اللحظة يمكن المدين سحب ما أودعه ، ويبقى الشركاء في الدين والضمان على حالهم من مديونية وضمان . وبعد ذلك ليس للمدين سحب ما أودع حتى ولو برضى الدائن ، فإن أذن الدائن للمدين بقبض ما أودع صار دينًا بدون ضمان أي شيء سابق [1] .

بند [170] عرض الدفع

التشريع الإسلامي : قد يهمل الدائن في استيفاء حقه ، وقد يتعنت في استيفائه أيضًا ، فللمدين الحق في أن يلجأ للقاضي ليجبر الدائن على أخذ حقه متى كان يجوز ذلك كما سبق .

فإن تسلمه فقد تم الوفاء بالتزام المدين وبرئت ذمته . فإن كان غائبًا أو رفض التسلم فللمدين إحضار التزامه للقاضي - إذا أمكن إحضاره - والقاضي ينظر المصلحة إن شاء دفعه عند أمين ، وإن شاء دفعه في خزانة الدولة العامة حتى يتسلمه صاحبه ، وإن شاء تركه عند الملتزم نفسه كأمانة ، وبذلك تبرأ ذمة الملتزم من الالتزام .

فإن أحضر المدين ما التزم به للملتزم له أو دعاه لأخذه ، ولم يحضر للتسلم أو قال : دعه عندك أو ما في معناه ، ثم هلك ما التزم به فضمانه من رب الدين ؛ لأن مادة الالتزام أصبحت كوديعة وأمانة بيد الملتزم ، ولا ضمان على الأمين إلا إذا تعدى [2] حتى قد نص على أنه إذا عرض المدين الدين لربه ، وكان واجب القبول ، وتلف قبل تمكنه من جبره على قبوله فإن ضمانه يكون من رب الدين .

وبما أن الحاكم قد نظم طرق التقاضي وطرق العرض والإيداع ، فهي كفيلة متى تمت طبقًا للنظم المقررة لإبراء ذمة الملتزم ، وهي طرق شرعية صحيحة في العرض

---

(1) انظر : البنود من 1257 إلى 1264 ، في الفصل الأول من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 282 : 285 .

(2) قاعدة : لا ضمان على الأمين إلا إذا تعدى .

والإيداع متى كان مبلغًا من المال [1] .

فإن كان عينًا أو ذاتًا - ولو مثليًا - فيكفي إشهاد الملتزم إشهادًا قانونيًا كإنذار من عمال القاضي المفوض لهم ذلك - وهم المحضرون - بدعوته للتسلم وتحديد يوم لذلك . فإن حضر فبها وإلا فلا مسئولية على الملتزم فيما التزم فإن هلك وكان مقومًا فليس له القيمة إذا تعدى الملتزم ، وإن كان مثليًا فكذلك .

ونتيجة العرض والإيداع براءة ذمة المدين من الالتزام وضمانه من الملتزم له ، وتستمر المديونية والضمان على المدين إلى وقت العرض ، وبعد العرض تبرأ ذمته فليس له قبض ما عرض وأودع ، ولو قبضه بإذن الدائن بعد ذلك فهو أمانة ، ولا ضمان على الأمين إلا إذا تعدى [2] .

---

(1) يقول الدردير : وللغريم أخذ عين ماله الذي باعه المفلس قبل فلسه عرضا أو مثليا أو حيوانًا المحوز عنه أي عن الغريم في الفلس . الشرح الصغير جـ 3 ص 148 ، 149 ، وإرشاد السالك ص 96 ، 97 .

(2) تناولت المادة 334 من القانون المدني المصري والمادة : 324 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع امتناع الدائن عن القيام بالأعمال اللازمة لتمكين المدين من الوفاء بالدين ، كتسلمه وأخذه ، وحق المدين عندئذ في عرض الوفاء عليه عرضًا صحيحًا ، وهذه مرحلة إعذار المدين التي يترتب عليها تحمل الدائن تبعة هلاك الشيء الموفي به ، وحق المدين في المطالبة بإيداع هذا الشيء على نفقة الدائن ، مع التعويض عما يصيب المدين من ضرر ، طبقًا لما جاء في المادة 335 مدني مصري ، وهو ما تتناوله المادة 385 من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

1 - إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا أو إذا رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها أو إذا أعلن أنه لن يقبل الوفاء فيجوز للمدين أن ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الإنذار .

2 - ولا يتم إعذار الدائن إلا إذا أودع المدين الشيء على ذمة الدائن بعد انقضاء هذه المدة وإنذره بهذا الإيداع .

وهو ما تناولته كذلك المادة 322 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا حيث يجب قبوله أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، أعذر إليه المدين بإعلان وحدد له مدة مناسبة يقوم فيها بما يجب عليه لاستيفاء حقه .

ويتفق ذلك مع ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 401 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « إذا رفض الدائن بغير مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا ، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه يرفض الوفاء ، كان للمدين أن ينذره مسجلا عليه هذا الرفض » .

أما في الفقه الإسلامي فلم يرد هذا التنظيم المفصل لرفض الدائن قبول الوفاء ، ولكن ورد في مرشد الحيران في =

بند [171] ترك المدين أملاكه لدائنه

القانون الفرنسي : وهو أن يترك المدين أملاكه لمداينيه حينما يجد أنها مستغرقة بالدين ، وهو اتفاقي وقضائي ، وكلاهما لا يبرئ ذمة المدين إلا بقدر ثمن أملاكه المسددة من الدين [1] .

بند [172] ترك المدين أملاكه لدائنه

التشريع الإسلامي : يجوز للمدين ترك أملاكه لدائنيه متى رأى ذلك من مصلحته . فإن دفع المدين أملاكه لدائنيه اختيارًا [2] ، ولم يتهم بإخفاء شيء فلا يجوز الحكم بإفلاسه ؛ لأن شرط الحكم بالإفلاس أن يكون المدين ملدا مماطلًا في أداء ما عليه ، فلو طلب دائنوه الحكم بذلك بعد تسليم أملاكه إليهم فلا يجابون لذلك ، ومتى كان لا يحكم بإفلاسه بالمعنى الأخص فتبقى ذمته مشغولة بما بقي من ديونه غير مسدد بعد بيع أملاكه وعدم الوفاء بكل الدين ، وهذا الترك يكون اتفاقيًا لا قضائيًا ؛ لأن الحكم بنزع ملك المفلس ليس معناه ترك أملاك المدين لدائنيه ؛ بل معناه غلُّ يده عن التصرف وبيع أملاكه بمعرفة القاضي وتقسيم الثمن على المداينين بنسبة ديونهم ، فلا تصرف للدائنين بعد الحكم بالإفلاس ، وإنما التصرف للحاكم فيها بخلاف ترك أملاكه اختيارًا للدائنين ، اللّهم إذا اشترط على دائنيه أن أملاكه نظير ديونهم قلت أو كثرت ؛

= المادة 209 ما يحق للمدين أن يفعله إذا رفض الدائن قبول الوفاء بالدين .

ونص هذه المادة « إذا عرض المديون مبلغ الدين على غريمه فامتنع من قبضه فله أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليأمره بقبضه » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 99) .

(1) انظر : البنود من 1265 إلى 1270 في الفصل الأول ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 285 ، 286 .

(2) تقدمت الإشارة إلى المواد القانونية المتعلقة بشروط الحكم بإفلاس المدين ، وحق الدائنين في الحجر عليه بمنعه من التصرفات الضارة بهم . وهذا هو ما جاءت به المواد 237 وما بعدها مصري ، 263 وما بعدها عراقي ، 370 وما بعدها أردني ، 310 وما بعدها كويتي . ويتفق مع القواعد العامة للإفلاس في الفقه أن المدين الذي يدفع أمواله للدائنين يمتنع عليهم المطالبة بإفلاسه وغل يده عن التصرف في أمواله لأنه قد تطوع بدفعها إليهم .

وبذلك تبرأ ذمته من كل حق لهم [1] .

بند [173] التجديد

القانون الفرنسي : يتكون التجديد من تلاشي التزام قديم مع حلول التزام آخر جديد بدله ، وشروط وجود التجديد هي :

أولًا : تلاشي الالتزامات القديمة ووجود التزامات جديدة ، إحداهما تتلاشى بسبب الأخرى ، فينتج عن هذه الأصول ما يأتي :

1 - لا يوجد تجديد إذا كانت الالتزامات القديمة غير موجودة أو كانت قابلة للإلغاء ، ومع ذلك فلو كانت الالتزامات طبيعية صح كونها سببًا للتجديد أو للدفع .

2 - إذا كانت الالتزامات القديمة مقيدة بشروط فيوجد التجديد كذلك مقيدًا بشروط إلا إذا أراد الطرفان استبدال التزام غير ثابت بالتزام ثابت صح ذلك حسب نيتهما وقصدهما .

3 - لا يوجد التجديد متى كانت الالتزامات الجديدة موجودة تبعًا للالتزامات القديمة غير مستقلة عنها .

4 - لا يوجد تجديد إذا كانت الالتزامات الجديدة غير موجودة .

ثانيًا : يجب نية التجديد ، فلا يشترط أن يكون التجديد صراحة ولا ضمنًا ؛ بل يكفي نية الطرفين التي للمحكمة تقديرها .

ثالثًا : يجب وجود عامل جديد - يعني تغيير أساس قديم بجديد - سواء كان في تغيير مادة الالتزام أو في طبيعة الالتزام أو في شخص المدين أو في شخص الدائن .

ويشترط لصحة التجديد أن يكون الطرفان أهلًا للتعاقد ، فالمدين يكون أهلًا للالتزام ، والدائن يكون أهلًا لتنظيم دينه كما يشاء .

---

(1) يقول الدردير : « ومنعه من إعطاء كل ما بيده من المال لبعض من الغرماء دون بعض أو إعطاء بعضه قبل حلول الأجل وكذا بعده إن كان الباقي لا يصلح للمعاملة » . الشرح الصغير جـ 3 ص 138 ، بداية المجتهد جـ2 ص 285 .

نتائج التجديد :

التجديد ينتج نتائج مضاعفة : محو الالتزام السابق ، وإيجاد التزام آخر لاحق فالدين القديم يمحى أثره ، ويترتب على ذلك :

1 - الامتياز والرهن اللذان كانا ضامنين الدين القديم سقطا .

2 - التجديد بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين يخلي بقية المدينين من المسئولية .

3 - التجديد بين الدائن ومدينه يخلي الضامن من الضمان .

ومع ذلك فيجوز للطرفين الاحتفاظُ بالضمان القديم في الالتزامات الجديدة بالشروط الآتية :

أولًا : إذا قبل المدينون التضامن والضامن والضمان فيصح للدائن والمدين اشتراط ذلك في التجديد بشرط توقيعهم على هذا الرضا صراحة .

ثانيًا : الامتياز والرهن لا ينتقلان في التجديد ، ولكن إذا قبل مالك العقار ذلك صح [1] .

بند [174] التجديد

التشريع الإسلامي : التجديد هو فسخ عقد التزام بما وجب أداؤه في عقد التزام آخر حل محل الأول أو فسخ ما في الذمة في مؤخر [2] ، وفي التجديد ما يأتي :

(1) انظر : البنود من 1271 إلى 1281 ، في الفصل الثاني ، من الباب الخامس ، من الكتاب الثالث ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 286 : 288 .

(2) تناولت المادة 352 وما بعدها من القانون المدني المصري والمادة 342 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، موضوع تجديد الدين الذي يعني استبدال دين جديد بدين قديم فيكون سببًا في قضاء الدين القديم وفي نشوء الدين الجديد .

وقد أصبح التجديد بهذا المعنى نظامًا قانونيًا محدود الأهمية ، خلافا لما كان عليه الأمر في القانون الروماني ؛ إذ يغني الآن عن التجديد بتغيير الدين الوفاء بمقابل ، كما تغني حوالة الدين عن التجديد بتغيير المدين ، كما تغني حوالة الحق عن التجديد بتغيير الدائن .

راجع السنهوري في الوسيط 813/3 وما بعدها وقد جرت التقنينات اللاتينية على إفراد مكان للتجديد في نصوصها تأثرا بالقانون الروماني الذي كان يجهل الحوالة بنوعيها فاستعاض عنها بالتجديد ، على حين أهملت التقنينات الجرمانية موضوع التجديد ، ولم تفرد له حيزا في نصوصها . وقد كان الأجدر بالتشريعات العربية المتأثرة بمعرفة الفقه الإسلامي للحوالة أن نتجاهل التجديد . وهو ما سار عليه القانون الأردني ، والعراقي . فيما تناولته المادتان 401 و 402 من التقنين العراقي ، والمادة 416 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 103) .

أولًا : يجب شغل الذمة أولًا بشيءٍ واجب الأداء ولو لأجل .

ثانيًا : يكون الالتزام المجدد مخالفًا للالتزام القديم ؛ وإلا كان تأخيرًا للاقتضاء ، ولا كلام في جوازه .

ثالثًا : التجديد يقتضي عقدًا آخر فيجب استيفاء الطرفين شروط التعاقد [1] ، فمتى وجدت هذه الشروط قيل : إنه يوجد التجديد ، وحينئذ يكون حكمه الشرعي كالآتي :

أولًا : التجديد ، وهو فسخ ما في الذمة في مؤخر يتأخر قبضه لا يجوز ؛ لأنه بيع دين بدين [2] ، وهو منهي عنه بنص الحديث الشريف : (إن رسول اللّه ﷺ نهى عن الكالئ بالكالئ) [3] لهذا أجمعوا على أن بيع الدين بالدين ممنوع ، فلا يجوز أن يكون لك دين في ذمة شخص فتفسخه في شيء آخر لا تتعجله [4] .

قال الإمام مالك : من لك عليه دين حال أو إلى أجل فلا تكتري منه داره سنة أو أرضه التي رويت أو دابته شهرا أو تستعمله هو به عملًا يتأخر ، ولا تبتع به ثمرة حاضرة في رءوس النخل قد أزهت أو أرطبت أو زرعًا قد أفرك لاستئخارهما ، ولو استجدت الثمرة أو استحصد الزرع ولا تأخير لهما جاز ، ولا تبتع به منه سلعة بخيار أو سلعة غائبة على صفة أو دارًا غائبة على صفة .

ثانيًا : التجديد ، وهو فسخ ما في الذمة في شيء لا يتأخر قبضه يجوز ، كمن فسخ دينه المؤجل مثلًا في شراء بيت حاضر تسلمه وقت الفسخ وتأخير اليوم لا يضر . ويجوز فسخ الدين في خدمة معين اليوم ونحوه ، فإذا كان لزيد دين عند

---

(1) تناولت المادة 356 مدني مصري والمادة 346 ما يترتب على التجديد من انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه ونشوء التزام جديد مكانه ، مما يقتضي الاتفاق عليه من تصح عبارتهما وتصلح لترتيب الالتزامات عليها . وقد تناولت الموضوع نفسه المواد 346 مشروع مدني طبقًا للشريعة ، 419 كويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 104) .

(2) قاعدة : لا يجوز بيع دين بدين .

(3) حديث : أخرجه ابن الجوزي في « العلل » 111/2 ، والبغوي في شرح السنة 113/8 .

(4) بيع الكالئ بالكالئ من ضمن البيوع الممنوعة للغرر ، وكالىء بكالئ : دين بمثله ، وهو أقسام : فسخ ما في الذمة في مؤخر ولو معينا بتأخر قبضه كغائب ومواضعه أو منافع معين وبيعه بدين ما على غريمك بدين في ذمة ثالث إلخ . الشرح الصغير جـ 3 ص 34 ، 35 ، تنوير الحوالك جـ 2 ص 80 ، 81 .

عمر ، فقال زيد : احرث معي غدًا وأقتطع لك من دينك ، أو اخدم معي غدًا ببعض مالي عندك ؛ فهو جائز على قول مالك والإمام أشهب .

فإن كان فسخ الدين في منافع شيء معين أو في ذات غائبة على الصفة فقد أجازها الإمام أشهب [1] قائلًا : إذا كان يجوز بيع الدار الغائبة على الصفة بثمن مؤجل فمن بابٍ أولى يجوز فسخ الدين في ثمنها . فإن كان الفسخ في منافع مضمونة فقال الإمام اللخمي من أئمة المالكية : لا يجوز أن يفسخ ما حل من دينه أو لم يحل في منافع شيء إذا كان ذلك مضمونًا في الذمة وليس حاضرًا . فإن كان ذلك الشيء المفسوخ الدين في منافعه معينًا فمنع ذلك مالك وأبو القاسم حلَّ الأجل أو لم يحل وأجازه الإمام أشهب من أئمة المالكية .

فمن عليه لك دين يجوز أن يخيط لك ثوبًا ببعض الدين وشبه ذلك فإن كثر العمل لم يجز .

ويترتب على التجديد الجائز كما سبق بطلان الامتياز والرهن والضمان للدين الأول ؛ لأن فسخ الدين في شيء آخر قد لاشى الالتزام الأول فبرئت ذمة المدين من ذلك ، ويتبعه الضمان والرهن والامتياز [2] إلخ .

فإن اتفق الدائن والمدين والضامن أو الراهن على بقاء التوثق الذي كان للدين الأول معمولًا به في الدين الثاني صح وإلا فلا يبقى له أثر .

---

(1) هو أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم مفتي مصر ، أبو عمرو القيس ، العامري ، يقال : اسمه مسكين ، وأشهب لقب له ،وكان مولده سنة أربعين ومائة .

ويكفيه قول الشافعي فيه : ما أخرجت مصر أفقه من أشهب ، لولا طيش فيه .

وقيل : كان أشهب على خراج مصر ، وكان صاحب أموال وحشم .

قال ابن يونس : مات لثمان بقين من شعبان سنة أربع ومائتين ، وقال الذهبي : توفي سنة 204 هـ .

ترجمته : الذهبي في « الكاشف » 84/1 ، الذهبي في « سير أعلام النبلاء » 323/8 ، العبر 345/1 .

(2) انتهى الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مقابلة بين التجديد والحوالة أن الحق في الحوالة لا يقضي ، بل ينتقل بمقوماته وصفاته ودفوعه وتأميناته من دائن قديم إلى دائن جديد . أما التجديد بتغيير الدائن فيترتب عليه انقضاء الحق الأصلي بمقوماته ودفوعه وتأميناته كي يحل محله حق جديد بمقومات وصفات وتأمينات أخرى . انظر الوسيط : 844/3 .

بند [175] نظرية النيابة

القانون الفرنسي : هي عملية بها يكلِّف شخص (منيب) شخصًا آخر يسمى (منابا) بالالتزام بدله ، ومكانه لشخص ثالث يدعى (ممثلًا عنه) .

والنيابة قسمان تامة وغير تامة . فالنيابة التامة هي ما برئت ذمة المنيب قبل الممثل عنه بسبب تعهد المناب ، ولا بد من النص على الإنابة ، ولا يفرض وجودها القانون .

نتائج الإنابة التامة :

ينتج عنها محو دينين : دين الشخص الأول نحو الشخص الثالث ، ودين الشخص الثاني نحو الشخص الأول ؛ فيحصل تجديدان : التجديد الأول تغير المدين بالنسبة للشخص الثالث الذي يكون مدينه من الآن الشخص الثاني مكان الأول ، والتجديد الثاني يكون بتغير الدائن بالنسبة للشخص الثاني الذي له كدائن الشخص الثالث مكان الأول .

ومع ذلك فيبقى الشخص الأول مسئولًا حينما يكون الشخص الثاني محاطًا بالديون التي تجاوز ماليته في حالتين :

1 - متى لم يقبل الدائن الإنابة إلا بهذا التحفظ .

2 - متى كان الشخص الثاني في حالة إفلاس أو عدم قدرة على الدفع في وقت الإنابة .

الإنابة الناقصة :

تكون متى كان الشخص الأول (المدين) بقي مسئولًا قبل الشخص الثالث بجوار الثاني ، ويتبع ذلك أن الدائن أضاف ذمة أخرى مسئولة قبله مع مدينه الأصلي ، ويمكنه رفع دعوى عليهما .

ويمكن استعمال الإنابة في الهبة وفي عقد القرض [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1271 إلى 1281 ، في الفصل الثاني ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني . الفرنساوي الجزء الأول ص 286 : 288 .

بند [176] الإنابة

التشريع الإسلامي : هي نوع من فسخ الدين في الدين ؛ لأنها تتحقق حسب تعريف القانون الوضعي في أن زيدًا مدين لعمر . فيقول زيد لأحمد : التزم بدلي بديني الذي لعمر ؛ فيلتزم أحمد لعمر بدلا عن زيد ، فيقبل عمر هذا الحلول من أحمد بدل زيد مدينه ، وليس هذا بممنوع؛ لأن المدين تغير فقط ولم يتعرض أحد للدين لا في القدر ولا في الصفة ولا في الأجل ، وقد أخلى الدائن ذمة مدينه ، ورضي بشغل ذمة من أحضره مدينه ، ولا يقال هذا من قبيل الضمان مع إخلاء سبيل المدين ؛ لأن شرط الضمان بقاء ذمة المدين مشغولة حتى إذا برئت ذمة الضامن ، ويجوز العكس وهو إخلاء ذمة الضامن مع بقاء ذمة المدين مشغولة [1] .

فإن شَغَلَ ذمة الحالِّ مع ذمة المدين الأصلي فيعتبر هذا ضمانا لأنه ضم ذمة إلى ذمة في التوثق بدينه أو يعتبر الشخص الثاني مدينا أصليا بقبوله أن يحل محل المدين الأول فيكون للدائن مدينان أصليان فله مطالبة أيهما شاء .

ولابد من النص صراحة على قبول الشخص الثاني تحمُّلَ دين الأول وحلولَه محله في التزامه .

فإن قبل دائن الشخص الأول فسخَ دينه في ذمة الشخص الثاني الذي أحضره الأول ليحل محله ، ولم يشترط بقاء المدين الأول في الالتزام ؛ فليس له حق في مطالبة الشخص الأول بعد قبوله الحلول ، فإن اشترط بقاء الأول في

---

(1) تناولت المادة 359 من القانون المدني المصري والمادة 349 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع الإنابة ، وهي اتفاق المدين والدائن على قيام شخص أجنبي بوفاء الدين مكان المدين .
والإنابة تفترض أشخاصا ثلاثة :

1 - المنيب وهو المدين الذي ينيب الشخص الأجنبي ليفي الدين إلى الدائن .

2 - المناب وهو هذا الشخص الأجنبي الذي ينيبه المدين ليفي إلى الدائن .

3 - المناب لديه وهو الدائن الذي ينيب المدين الشخص الأجنبي لديه ليفي له الدين .

وقد تناولت هذا الموضوع كذلك المادة 405 عراقي والمادة 422 كويتي . انظر عبد الرزاق السنهوري في الوسيط 855/3 وما بعدها .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 105) .

الالتزام مع الثاني فالأول مطالب مع الثاني . فإن أفلس أحدهما أو أحاطت به الديون أدى الثاني هذا الالتزام ، فإن استبان إعسار الثاني قبل الحلول أو لدده أو إفلاسه ولم يعلم الدائن بذلك فيكون هذا غشًّا من المدين ، وللدائن الرجوع عليه بدينه [1] .

بند [177] إسقاط الدين

القانون الفرنسي : وهو اتفاق الدائن على ترك دينه بدون مقابل لصالح المدين وإبراء لذمته ، وهو بهذا المعنى هبة حقيقية ، ويلزم فيه ما يلزم في موضوع الهبة من اتفاق الطرفين وأهليتهما للتصرف والتلقي ، ويجوز لدائني المتنازل الاعتراض عليه متى أضر بحقوقهم قِبَلَه .

ويمكن إتمام عقد التنازل على أي وجه حتى بإمضاء عرفي . ومتى تم التنازل فقد برئت ذمة المدين كأنه دفع دينه ، فإن كان معه شركاء في المديونية فقد برئوا أيضًا إلا إذا شرط الدائن عدم إخلائهم صراحة ، فلا يخرج من المسئولية إلا من تنازل عنه .

يوجد حالتان خاصتان لإسقاط الدين :

الأولى : إسقاط الدين في حالة الإفلاس (كونكرداتو) ، وهو اتفاق بين الدائنين وبين مدينهم بالتنازل عن بعض دينهم نظير قيام المدين بدفع كذا في المائة [2] ، ويترتب على هذا الاتفاق ما يأتي :

1 – هذا الاتفاق يفرض على جميع الدائنين حتى من لم يعط صوته في هذا الاتفاق .

2 – بعد إسقاط بعض الدين في هذا الاتفاق يتولد دين طبيعي بما سقط .

3 – لا يستفيد الضامن من اتفاق (الكونكرداتو) كما يستفيد من الإسقاط العادي .

4 – لا يوجد براءة ذمة المدين ، ولكنه عمل مفيد للمدين .

وهذا ناتج عن اعتقاد الدائنين من أن التسهيل على المدين في وضع جزء يقيم المفلس خير من الإجهاز عليه فلا يفيدهم شيئًا .

---

(1) يقول المواق : « الضمان هو شغل ذمة أخرى بالحق » .

التاج والإكليل جـ 5 ص 96 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 2 ، 3 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 295 .

(2) في الأصل : [المابة] .

إسقاط الضمان نظير مبلغ معين :

للدائن معافاة ضامن مدينه من ضمانه نظير دفع مبلغ معين ، فيجب احتسابه من أصل الدين المضمون واستنزاله منه ومن ضمان بقية الضامنين إذا كان .

إعطاء سند المديونية إلى المدين اختيارًا معناه إبراء ذمة المدين من الدين . يفرض القانون أن الدائن الذي يعطي سند دينه لمدينه اختيارًا أنه أعفاه من دفع دينه وإبراء ذمته منه . ولأجل أن يكون هذا الغرض القانوني صحيحًا يجب وجود ما يأتي :

1 - يجب أن يسلم السند المثبت للدين وهو نفس سند المديونية الأصلي .

2 - يجب أن يكون تسليم سند الدين إلى المدين أو من يمثله قانونا .

3 - يجب أن يكون التسليم اختياريا من الدائن الذي استعمل كامل حريته ومعرفته ما يترتب على التسليم إلى المدين .

والدليل على التسليم بقيمة الدين إظهار سند المديونية ، وللدائن إثبات أنه لم يسلم اختيارًا أو سلمه للمدين مع غيره .

ونتيجة ذلك أن إعطاء سند الدين يفيد القطع ببراءة ذمة المدين متى كان سند الدين عرفيًا بإمضاء خاص ، فإن كان إشهادًا أو حكمًا فيفيد اليقين غير أن الدائن له الحق في إثبات الضد .

وهذا الفرض القانوني وهو براءة ذمة المدين بعد إعطائه سند المديونية من الدائن اختيارًا محمول على الدفع حقيقة أو محمول على الإبراء بلا مقابل ، فعلى من ادعى أحد الاحتمالين إثباته ، وذلك :

1 - إذا تعدد المدينون وأعطي سند المديونية لواحد منهم بشروطه فليس له الرجوع على بقيتهم إلا إذا أثبت أنه دفع الدين حقيقة وتسلم السند .

2 - إذا أنكر المدين المسلم إليه السند حميل الدائن ، وأراد الدائن الرجوع في التنازل عن دينه فليس له ذلك إلا إذا أثبت أنه تنازل عن الدين بلا مقابل [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1282 إلى 1288 ، في الفصل الثالث من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 288 : 290 .

بند [178] إسقاط الدين

التشريع الإسلامي : إن كل من يملك حقًّا ويمكنه أن يملّكه – بمعنى أنه يكون أهلًا للتملك والتمليك شرعًا – يجوز له أن يتنازل عن هذا الحق نظير [1] عوض أو بلا مقابل . فإن كان هذا الحق دينًا فإنه بمجرد التنازل عنه للمدين برئت ذمة المدين من أدائه ، ويتبع براءة ذمة المدين براءة ذمة الضامن [2] .

والتنازل عن الدين بلا مقابل يعتبر من قبيل الهبة ، وتتم بمجرد التنازل ؛ لأن الدين في يد المدين أو ذمته وهو قبض ، وإن كان القبض فيها ليس شرطًا لصحتها كما سيأتي . فإن كان الدائن الذي تنازل عن دينه بلا مقابل ليس محاطًا بالدين ولا صغيرا أو مجنونا أو مبذرًا صح التنازل ولزم ؛ ولا

---

(1) قاعدة : كل من يملك حقا يجوز أن يتنازل عنه بعوض أو بلا مقابل .

(2) تناولت المادة 371 من القانون المدني المصري والمادة 362 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع الإبراء الذي يعني تبرع الدائن بإرادته المنفردة بإسقاط الدين عن المدين ويتميز الإبراء بهذا بأنه تصرف بإرادة منفردة ، وبأنه تصرف بالتبرع .

وهو ما تناولته المادتان 420 و 422 من التقنين العراقي .

فالمادة 420 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا أبرأ الدائن المدين سقط الدين » .

والمادة 422 من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

1 – لا يتوقف الإبراء على قبول المدين ، لكن إذا رده قبل القبول ارتد . وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته .

2 – ويصح إبراء الميت من دينه .

وهو ما جاء في المادتين 444 و 445 من التقنين الأردني .

فالمادة 444 من هذا التقنين تنص على أنه : « إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا من حق له عليه سقط الحق وانقضى الالتزام » .

والمادة 445 من هذا التقنين تنص على أنه « لا يتوقف الإبراء على قبول المدين إلا أنه يرتد برده وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته » .

وتقابل المادة 935 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 – ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده .

2 – ويترتب على الرد إعادة الالتزام بما يلحقه من صفات ، وما يضمنه من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 108) .

وانظر الوسيط للسنهوري 963/3 وما بعدها .

كلام لأحد فيه [1] .

وإن كان الدائن محاطًا بالدين فلا يجوز له التنازل عن الدين إلا برضاء دائنيه ، فلهم ممانعته منه والتمسك بالدين كجزء من ضمان سداد ديونهم ، ويحكم القاضي لهم بذلك .

وإن كان الدائن صغيرًا أو مجنونًا أو سفيها فالتنازل باطل ، ولا تصح الإجازة من وصيٍّ أو قيم [2] .

ولا يحتاج إسقاط الدين لأي صيغة تستعمل أو أي شكل يتبع ، فيصح ولو أمام شاهدين ، غير أن الدين إذا كان بوثيقة وهي بيد الدائن فهي حجة أصلية بعدم الإبراء من الدين . على أنه يجوز الاستشهاد على الدفع بالإبراء متى كان الإبراء بعد الوثيقة .

وإسقاط الدين يتخصص بالشخص وبجزء فيصح إبراء زيد مما عليه إطلاقًا مثلًا وإبراؤه من بعض ما عليه ، وإبراء زيد فقط من جملة مدينين بدين واحد فيبرئه من حصته ، وأما إذا كان الدين الذي أُبْرِئَ منه زيد هو الذي على عمر وعلى بكر

---

(1) يقول الدردير : « قال ابن عرفة : الصلح انتقال عن حق أو دعوى يعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه وهو على ثلاثة أقسام : بيع ، وإجارة ، وهبة ؛ لأن المصالح به إن كان ذاتا وإن كان منفعة فإجارة ، وإن كان ببعض المدعى به فهبة » .

الشرح الصغير جـ 3 ص 162 ، 163 ، إرشاد السالك ص 96 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 5 ص 366 .

(2) تناولت المادة 372 من القانون المدني المصري والمادة 363 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية بعض شروط الإبراء الراجعة إلى ما يتميز به من كونه تبرعًا من الدائن ، ولذا يشترط فيه أن يكون أهلا للتبرع غير محجور عليه لصغر أو سفه أو فلس .

وهو ما تناولته المادة 447 من التقنين الأردني ، والمادة 436 من التقنين الكويتي .

والمادة 421 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ أهلا للتبرع » .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 1541 من المجلة على أنه « لا يصح إبراء الصبي والمجنون والمعتوه مطلقا » .

ونصت المادة 235 من مرشد الحيران على أنه « يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ عاقلا بالغا أهلا للتبرع » .

ونصت المادة 1570 من المجلة على أنه « إذا أبرأ المريض الذي في مرض موته أحد ورثته من دينه فلا يكون صحيحا ونافذا وأما لو أبرأ من لم يكن وارثه فيعتبر من ثلث ماله » . ونصت المادة 1571 على أنه « إذا أبرأ من تركته مستغرقة بالديون في مرض موته أحد مديونيه فلا يصح إبراؤه ولا ينفذ » .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 109) .

وعلى خالد فقد برئت ذمة الجميع . فإن كان الدائنون جماعة والمدينون كذلك فأبرأ أحد الدائنين أحد المدينين أو أسقط نصيب هذا المدين في الدين فلا يسقط عنه إلا نصيب من أسقط فقط ، إلا إذا كان بين الدائنين تضامن في الإسقاط والطلب والإبراء ووكالة بذلك ؛ فتسقط حصة هذا المدين من جميع الدين ولا يطالبه أحد الدائنين بشيء [1] .

وبما أن الالتزام حق شخصي للمتعاقدين ، والمديونية حق شخصي للدائن فلا يصح [2] لأحد أيا كان أن يتصرف في هذا الحق إلا بتوكيل من صاحبه في هذا التصرف . فاتفاق الدائنين إلا واحدًا لا يسري إلا على من اتفق فقط مهما كانت حالة المدين . فعمل الكونكردا لا يقيد إلا من قبله وأمضاه ، فلا يفرض على من لم يعط صوته ، ولا يبرئ ذمة المدين من كامل حقه .

ومتى قبل بعض الدائنين التنازل عن بعض حقهم فليس لهم حق في الرجوع فيه ، وبمجرد تنازلهم سقط هذا الجزء المتنازل عنه وبرئت ذمة المدين منه فلا يتولد منه حق طبيعي كما يقول القانون الوضعي .

وفرق بين التنازل الاختياري عن جزء الدين في اتفاق الدائنين وبين توزيع أموال المفلس بين غرمائه في أن الجزء الساقط بالتنازل لا يعود ، وأما ما بقي من الديون في ذمة المفلس بعد توزيع أمواله وعدم السداد فإنه لا زال مطالبًا بالوفاء به ، ويجب عليه الوفاء به متى أيسر .

فإن كان الدين بضمان وأسقط بعض الدائنين جزءًا من حقهم فإن الضمان لا يسقط عن الضامنين إلا بهذا القدر الساقط فحيث لا مديونية لا ضمان . فإن كان

---

(1) تناولت المادة 289 من المادة 379 من القانون المدني المصري والمادة 277 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع إبراء الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين ، وبينت هاتان المادتان استمرار انشغال ذمة سائر المدينين بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي تم إبراؤه . وكذا بينت المادة 282 مدني مصري والمادة 270 مشروع مدني طبقًا للشريعة أنه إذا كان الدائنون متضامنين وبرئت ذمة المدين تجاه أحدهم فإن ذمة المدين لا تبرأ إلا بقدر حصة هذا الدائن . ويتفق هذا مع قواعد الفقه الإسلامي ومقرراته ، كما جاء في : البدائع 70/6 وما بعدها والمواد 172 - 176 من مرشد الحيران .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 87) .

(2) قاعدة : المديونية حق للدائن فلا يجوز التصرف لأحد فيها إلا بتوكيل من الدائن .

الدين برهن فالرهن باق مادام جزء صغير من الدين المرتهن به ؛ لأن الرهن لا يتجزأ ، وإنما يبقى كله حتى تمام براءة الذمة [1] .

فالضامن في إسقاط (الكونكردا) كالضامن العادي سواء بسواء يزول عنه الضمان في المبلغ المتنازل عنه .

وظاهر من التعليل بأن إسقاط بعض دين الدائنين عن المشرف على الإفلاس لإقامته لا للإجهاز عليه أن هذا تنازل مطلق لا تنازل بشرط ، ومتى كان تنازلًا مطلقًا فلا يصح الرجوع فيه ؛ لأن الدائن إما أن يكون له حق فيطالب به ، ويجب على المدين أداؤه ، وإما ألا يكون له حق فلا يطالب بشيء .

ويصح للدائن معافاة ضامن مدينه من الضمان متى كان له الرجوع على أيهما شاء نظير جعل [2] ، فإن لم يكن له الرجوع على أيهما شاء فليس له إلا الصلح معه في الدين المضمون ، فإن دفع شيئًا نظير إخلائه من الضمان وجب احتسابه من أصل الدين المضمون على أن يرجع الضامن على المدين بما أدى ، ويعتبر مستنزلًا هذا الجزء المدفوع من الضامن من جميع الضامنين الباقين والمدينين .

سند المديونية :

متى تقرر الدين وثبت لا يبطل إلا بالأداء أو الإبراء وإن طال (حسب التفصيل في ذلك) إذا كان بوثيقة والطلب بسببها ، فبقاؤها دليل على عدم القبض وعدم الأداء ، فإن كانت الديون بغير عقد ولو وجدت بيد المطلوب ففيها خلاف ، وذلك كوجود الرهن في يد الراهن .

---

(1) تناولت المادة 282 مدني مصري والمادة 270 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية موضوع إبراء أحد الدائنين المتضامنين المدين من حقه ، وبينت هاتان المادتان أن ذمة المدين لا تبرأ إلا بقدر حصة هذا الدائن .

وتفيد المادتان 782 مدني مصري ، 784 مشروع طبقًا للشريعة الإسلامية أن براءة الكفيل من الضمان مرهونة ببراءة المدين من الدين ، فينتهي الضمان كليًا بالوفاء الكلي بالدين ، وينتهي جزئيًا بالوفاء ببعض الدين . وهو ما تفيده المادة 622 من مجلة الأحكام العدلية ، ونصها : براءة الأصيل توجب براءة الكفيل . وفي هذا المعنى المادة 854 من مرشد الحيران والمادة 594 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام أبي حنيفة .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 310) .

(2) قاعدة : « يجوز تنازل الدائن عن ضمان أحد الكفلاء نظير جعل » .

قال بعض الفقهاء : إن وجود سند الدين بيد المدين ووجود الرهن بيد الراهن دليل حسي على الوفاء بالدين ، وعلى ذلك فهو دليل قاطع يعمل به إلا إذا ظهر ما ينقضه وهو دليل آخر أقوى منه .

وقال بعض الفقهاء : إن وجود سند الدين بيد المدين ووجود الرهن بيد الراهن ليس دليلًا على الوفاء لجواز ضياعه أو العثور عليه ؛ إذ يجب على المدين أن يطلب من دائنه الكتابة على السند بالوفاء خوفًا من أن يدعي رب الدين سقوطه منه ، أو يخرج الدائن صورة أخرى من السجل يدعي بها ، وهذا قول صريح أدعى إلى الحيطة في المعاملة ، وأقطع للحيلة من الدائن والمدين .

فإن وافق الدائن على وجود السند بيد المدين ، ولكن ادعى أخذه قهرًا عنه فله إثبات ذلك ، وليس بشرط تسليم سند المديونية إلى المدين أو من يمثله ، إذ يجوز مثلًا أن يرسله مع شخص لا علاقة له بالطرفين ليوصله للمدين .

ولا فرق بين أن يكون سند المديونية عرفيًا أو رسميًا يمكن استخراج صورته في أن وجوده في يد المدين قرينة قاطعة على الوفاء إلا إذا ثبت خلافه .

فإن ادعى أحد المدينين الذي بيده سند المديونة أنه سدد الدين كله بدليل وجوده في يده فلا يقبل قوله لمجرد وجود السند ، بل يجب عليه إثبات الدفع لكل الدين كما يدعي بالبينة الشرعية ، وليس هذا مثل ادعاء سداد الدين لوجود سند المديونية ؛ لأن هذا السند دليل المديونية لا دليل أنه دفع كل الدين عن بقية المدينين .

بند [179] المقاصة

القانون الفرنسي : المقاصة هي أن يصبح الدائن مدينًا لمدينه فيلتقي الدينان بقدر أصغرهما فيتلاشيا ، وهي طريقة قانونية في تلاشي الالتزامات ، والمقاصة تكون قانونية أو اتفاقية أو قضائية .

المقاصة القانونية :

وهي التي تسري من نفسها بقوة القانون بدون تدخل الطرفين . وللمقاصة فائدتان : الأولى عدم نقل النقد مرتين لسداد الدينين ، والثانية تجنب عدم القدرة على الدفع بالتقابل من الطرفين .

شروط المقاصة القانونية :

أولًا : يجب أن يكون الدينان بين شخصين خاصين دائن ومدين فالدائن نفسه يصبح مدينًا لمدينه ، والمدين نفسه يصبح دائنًا لدائنه شخصيًّا .

ثانيًا : يجب أن يكون الدينان محققين محدودين ثابتين .

ثالثًا : يجب أن يكون الدينان حالَّين ، فلا مقاصة بين دين حال ودين مؤجل .

رابعًا : يجب أن يكون الدينان مبلغًا من المال أو شيئًا في الذمة مكيلًا أو موزونًا متحدًا في الوصف ، ويمكن عمل مقاصة قانونية بين مبلغ من المال دينًا وشيء في الذمة مكيلا أو موزونًا في ذمة أخرى متى كان الثمن محددًا في بورصة محل التسليم مع خلاف بين المشرعين هل تتم بالاتفاق أم بقوة القانون ، وهو الجاري العمل عليه . ويستثنى من ذلك :

أولًا : طلب استرداد شيء أُخذ من مالكه بلا حق لا تحْصُل فيه مقاصة كحالة السرقة .

ثانيًا : طلب استرداد الأمانة ممن اؤتمن عليها لا تحصل فيه مقاصة .

ثالثًا : طلب استرداد أمانة استعيرت للاستعمال لا مقاصة فيها .

رابعًا : ديون ضرورة الحياة التي أعلن عدم جواز الحجز عليها لا مقاصة فيها ، كدين الأكل .

نتيجة المقاصة : يتلاشى الدينان المتقابلان إن تساويا قدرًا ، فإن زاد أحدهما تلاشى بمقدار الدين الأقل المقابل له ، ويتلاشى مع الدين الضمان والرهن والامتياز ، ويتلاشى معهما فائدتهما .

فإن تعدد محل الدفع وكان لأحدهما نفقة حسبت كتغير العملة ، فإن تعدد الدين في المقاصة كان الترتيب فيه كالترتيب في الدفع على الحساب لديون كثيرة

كما سبق .

ومتى حصلت المقاصة مع المدين الأصلي انتفع بها الضامن ، وليس للمدين طلب المقاصة بينه وبين دائنه إذا كان الدائن مدينًا للضامن .

وليس للمدين بالتضامن مع آخر طلب المقاصة من دائنه إذا كان مدينًا لأحد شركائه في الدين .

يجب ألا تضر المقاصة حقوق الغير الثابتة قبل حصولها فلا تعفي المحجوز تحت يده لآخر دائنًا لمدينه من دفع ما في ذمته للحاجز متى حصل تقابل الدينين بعد الحجز . وكذا المدين المتنازل له . ويمكن التنازل عن المقاصة صراحة أو ضمنًا .

مقاصة اتفاقية أو اختيارية : يجوز للطرفين قبول المقاصة فيما في ذمتهما من الالتزامات ، ولو لم تستكمل شروط المقاصة القانونية ، ويكون معمولاً به من وقت قبولها مستقبلًا .

مقاصة قضائية :

وهي التي تحكم فيها المحكمة عند ادعاء المدعى عليه إلزام المدعي بالتزام أيًا كان نوعه ، فتقدره المحكمة ثم تجري المقاصة بين الطلب الأصلي والفرعي ، كمن طلب 100 جنيه من شخص أمانة عنده فادعى المدعى عليه أن على المدعي تعويضًا فيما لحقه من ضرر نزل به بسبب عمل المدعي [1] .

بند [180] المقاصة

التشريع الإسلامي : وهي متاركة دينين بمتماثلين على مدينين كل ماله فيما عليه وهي جائزة بين [2] الطرفين متى اتفقا ، ويجوز العدول عنها وأن يؤدي كل ما عليه للآخر ، فإن اختلفا وطلب أحد الدائنين المقاصة فيجاب من دعا منهما إليها . وتجب المقاصة . ويتعين على القاضي الحكم بها في أحوال ثلاثة :

(1) انظر : البنود من 1289 إلى 1299 ، في الفصل الرابع ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 290 : 292 .

(2) قاعدة : المقاصة جائزة بين الطرفين متى اتفقا .

(1) متى حل الدينان .

(2) واتفقا أجلًا .

(3) وطلبها من حل دينه .

ولتحقق المقاصة يجب أن يكون دائن ومدين ، ويصبح الدائن مدينًا مع كونه دائنًا ويصبح المدين دائنًا مع بقائه مدينًا [1] كأن يقترض زيد من عمر عشرين جنيهًا لمدة شهر فعمر دائن وزيد مدين ، ثم يبيع زيد إلى عمر بيتًا بخمسين جنيها إلى أجل أو حالة

---

(1) تناولت المادة 362 من القانون المدني المصري والمادة 352 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، موضوع المقاصة وحق المدين في إجرائها ، وهو ما تناولته المادة 425 من التقنين الكويتي والمادتان 408 و 409 من التقنين العراقي .

فالمادة 408 من هذا التقنين تنص على أن « المقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه » .

والمادة 409 من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

1 – المقاصة إما جبرية تحصل بقوة القانون أو اختيارية تحصل بتراضي المتداينين .

2 – ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسا ووصفا وحلولا وقوة وضعفا . ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية . فإن كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو أحدهما قويا والآخر ضعيفا فلا يلتقيان قصاصا إلا بتراضي المتداينين سواء اتحد سببهما أو اختلف .

وتطابق في حكمها المواد 343 و 344 و 345 من التقنين الأردني .

فالمادة 343 من هذا التقنين تنص على أن « المقاصة إيفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه » .

والمادة 344 من هذا التقنين تنص على أن « المقاصة إما جبرية وتقع بقوة القانون أو اختيارية تتم باتفاق الطرفين أو قضائية وتتم بحكم المحكمة » .

والمادة 345 من هذا التقنين تنص على أنه « يشترط في المقاصة الجبرية أن يكون كلا الطرفين دائنا ومدينا للآخر وأن يتماثل الدينان جنسا ووصفا واستحقاقا وقوة وضعفا وألا يضر إجراؤها بحقوق الغير » .

وفي الفقه الإسلامي تجرى المادة 224 من مرشد الحيران بما يطابق المادة 408 من التقنين العراقي .

وتطابق المادة 225 من مرشد الحيران في حكمها المادة 1/409 من التقنين العراقي .

وتطابق المادة 226 من مرشد الحيران المادة 2/409 من التقنين العراقي .

والمقاصة إما قانونية تقع بحكم القانون ، أو اختيارية تتم بإرادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معا ، أو قضائية تتم بحكم القاضي . وأهم هذه الأنواع الثلاثة هي المقاصة القانونية . وهي التي أرادتها هذه المواد المشار إليها تحت عنوان « المقاصة » . أما المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية فتسري في شأنهما القواعد العامة .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 105 ، 106) .

فأصبح عمر مدينًا بثمن المنزل دائنًا بالقرض ، وأصبح زيد مدينًا بالقرض دائنًا بثمن المنزل فيلتقي الدينان قصاصًا بمثل أقلهما ، وهو القرض فتسقط عشرون للقرض نظير عشرين من الخمسين ، ويبقى ثلاثون على مشتري المنزل وهو عمر لزيد [1] .

وليس بلازم في المقاصة أن تكون بين شخصين حقيقيين بل يصح وجودها بين شخص حقيقي وشخص اعتباري كوقف أو حكومة أو مجلس بلدي مثلًا .

ولتتحقق المقاصة يجب ثبوت الدينين في الذمة مقدرين ؛ فلا تصح المقاصة بين دين لم يثبت في الذمة كقول ضامن لشخص : أنا كفيل بما ذاب [2] لك على فلان ، ولم يعلم ما ذاب على فلان ثم يطلب هذا الشخص المقاصة في دين لهذا الضامن عليه .

وإذا حل الدينان أو اتفقا أجلًا أو طلبها من حل دينه فإن المذهب وجوب الحكم بها .

وتجوز المقاصة في ديني العين من بيع أو قرض أو منهما إن اتحد الدينان قدرًا وصفة حلا أو أحدهما أم لا . وكذا تجوز المقاصة إن اختلف الدينان صفة أو نوعًا وحَلّا ، أو اختلفا قدرًا وهما من بيع وحَلّا ، وإلا فلا تجوز المقاصة [3] .

وتجوز المقاصة في الطعامين من قرض على هذا التفصيل [4] .

وتمنع المقاصة في الطعام من بيع مطلقًا ، كما تمنع إن اختلفا من بيع وقرض أو اختلفا صفة أو قدرًا أو لم يحلا .

وتجوز في الدينين العرضين الشامل للحيوان مطلقًا من بيع أو قرض أو مختلفين

---

(1) يقول الدردير : « المقاصة متاركة مدينين متماثلين عليهما كل ماله فيما عليه ، وتجوز في ديني العين مطلقًا إن اتحدا قدرًا وصفة حلا أو أحدهما أوْ لا أو اختلفا صفة ونوعًا إن حلا أو قدرًا ، وهما من بيع وحلا وإلا فلا . الشرح الصغير جـ 3 ص 118 ، 119 ، مواهب الجليل جـ 4 ص 549 ، 550 .

(2) ذاب : من ذوب ، والمعنى ثَبَتَ ووَجَبَ . من قولهم : ذاب لي عليه من الحق كذا أي وجب وثبت ، وذاب عليه من الأمر كذا ذَوْبًا : وَجَب انظر لسان العرب مادة (ذوب) ص 1524 .

(3) جاء في الخرشي على مختصر خليل : تجوز المقاصة في ديني العين مطلقا إن اتحدا قدرًا ، وصفة حلا أو أحدهما ، وتجوز المقاصة إذا اختلف دينا العين في الصفة ، والنوع إن حلا لئلا يؤدي إلى صرف متأخر ، أو إلى بدل مستأخر . الخرشي على مختصر خليل (233/5 ، 234) .

(4) والطعامان من قرض يجوز فيهما المقاصة إن اتفقا صفة ، وقدرًا . الشرح الصغير (120/3) .

حلًّا أو أحدهما أم لا إن اتحدا نوعًا وصفة أو اختلفا وحلًّا أو اتفقا أجلا [1] .

فإن اختلف الدينان كعين في ذمة وعرض أو طعام في ذمة أخرى أو عرض في ذمة وطعام في أخرى من بيع أو قرض أو مختلفين جازت المقاصة ، إلا إذا كان أحد الدينين طعامًا من بيع فلا يجوز [2] .

إن الشيء المسروق أو المغصوب أو الوديعة أو الشيء المعار يجب رده لصاحبه عينًا ولا مقاصة فيه إطلاقًا ؛ لأن في هذا إقرارًا لحالة السارق والغاصب ، وإعانة لخيانة الأمانة ، والواجب غير ذلك شرعًا فيجب الرد على الجميع .

ولكن إذا تلف الشيء المسروق أو أفناه السارق كأن أكله مثلًا ، وكذا المغصوب أو تعدى المودع عنده أو المستعير على العارية وضمَّنه الحاكم القيمة أو المثل يوم الغصب أو التعدي ، وكان المسروق منه أو المغصوب منه أو المودع أو المعير مدينًا لهذا المتعدي فبلا شك يلتقي الدينان قصاصًا متى طلبه من حل دينه أو اتفق الدينان ، وكانا حالَّيْنِ فيقضى بالمقاصة بينهما .

والذي لا يجوز هو عمل المقاصة عند بقاء العين المسروقة أو المغصوبة أو المودعة ، ولكن متى تقرر الضمان فقد أصبح دينًا واجب الأداء فتصح فيه المقاصة .

ويجب في المقاصة ألا يكون أحد الدينين تقرر لدفع الحاجة وحفظ الحياة ؛ فلو أجزنا المقاصة في مثل هذا المعنى لكان ذلك تضييعًا للمعنى المقصود من تقرير هذا الحق على الغير . مثلًا لو فُرِضَت نفقة لأب على ولده أو لولد على أبيه ، وكان المفروض له النفقة مدينًا للمفروض عليه فلا تصح المقاصة بينهما ؛ لأن النفقة فرضت في القرابة للفقر والحاجة لإحياء النفس ، فيجب ملاحظة هذه الحكمة وعدم إهدارها بإباحة المقاصة .

وأما نفقة الزوجة المفروضة على زوجها فهي نفقة واجبة لعلة الاحتباس ؛

(1) السابق (120/3) .

(2) فإن اختلفا ، وهما من القرض لم يجز على المشهور من منع الزيادة في القرض ، وإن كان من بيع ، وقد حل الأجلان فيجوز إن كان أحدهما من قرض ، والآخر من بيع ، فإن كان البيع أكثرهما لم تجز المقاصة ، لأنه زيادة في القرض . مواهب الجليل (550/4) .

وسببها الزوجية فيجوز فرض النفقة للزوجة على زوجها ولو كانت غنية ؛ لأنها زوجة مطيعة لزوجها في أمور الزوجية تنازلت عن حريتها في التصرف في نفسها ، ولزمت بيت زوجها فلزمه الإنفاق عليها ؛ فلو كان لزوجها عليها دين ، وقد أصبحت نفقتها على زوجها دينًا كذلك صح التقاؤهما قصاصًا ، بل ويقضَى للزوج بذلك على زوجته ، إلا إذا كانت فقيرة وقَطْع النفقة عنها نظير المقاصة يلحق بها ضررًا فلا يجاب الزوج إلى المقاصة إلا في جزء متى كان يمكن الاستغناء عنه ، وعلى كل حال فالنظر للقاضي .

وأما أجر العامل فيلتقي قصاصًا مع دين رب العمل متى كان لا يضر ذلك العامل ، ويكون له سبيل العيش ميسرًا من جهة أخرى فإن لم يكن له مورد رزق غير عمله ، فلا مقاصة ؛ لأن إحياء النفس مقدم على سداد الدين .

نتيجة المقاصة :

يتلاشى الدينان المتقابلان ، وتبرأ ذمة كل من الدائنين بقدر الدين ويبرأ الضامن ويجب رد الرهن متى كانت المقاصة استغرقت كل الدين فإن بقي من دين صاحب الرهن شيء بقي الرهن بأكمله حتى يتم السداد [1] ، فإن كان في قضاء

---

(1) تناولت المادة 365 من القانون المدني المصري والمادة 355 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية وجوب مطالبة صاحب المصلحة في إيقاع المقاصة للحكم بها ، وهو ما تناولته المادة 428 من التقنين الكويتي ، والمادة 413 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها » .

والمادة 350 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « تتم المقاصة بناء على طلب صاحب المصلحة فيها وتقع بقدر الأقل من الدينين » .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 277 من مرشد الحيران على أنه « إنما تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ، فإن كان لأحدهما مائة ريال دينا على الآخر والمديون مائة جنيه عليه وتقاصا يسقط من قيمة الجنيهات قصاصا بقدر الريالات ويبقى لصاحب الجنيهات ما بقي منها » .

وتفيد القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أن للمرتهن الحق في حبس الرهن كاملا حتى يفي الراهن بالدين كله . فإن أدى شيئًا من الدين وبقي بعضه كان للمرتهن الحق في حبس الرهن كله كذلك ، ولا يلزم إعطاء المدين شيئًا من الرهن . وهذا هو ما تفيده المواد 24 ، 718 ، 731 من مجلة الأحكام العدلية ، والمادتان 989 ، 991 من مرشد الحيران .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 107) .

أحد الدينين نفقة على المدين ينتفع بها الدائن حسبت على المدين للدائن الآخر . فإن تعدد الدين في المقاصة كان الترتيب للطالب إلا أن يلحق المدين الآخر ضرر ، وإلا كانت المقاصة بنسبة الديون لأن المقاصة كالدفع (الخصم والتسديد) .

إذا كان الدائن مدينًا للضامن ، وكان الضامن دائنًا لدائن مضمونه فلا تصح المقاصة بين ضامن المدين وبين مدينه الذي هو دائن لمضمونه لعدم اتحاد الذمة في الدين المضمون ، ودين الضامن على دائن المضمون مادام لم يجب على الضامن أداء الضمان فإن وجب التقى دين الضامن مع دين دائن مدينه قصاصًا ؛ لأنه تعين على الضامن الأداء [1] .

ويصح طلب المقاصة من شريك في المديونية غير متضامن مع شركائه أصبح دائنًا لدائنه ؛ لأن الدين مخصص على كل مدين بلا تضامن بينهم ، بخلاف المدين بالتضامن مع آخرين فلا يجوز له طلب المقاصة إلا فيما يخصه ؛ لأنه صاحب دين على الدائن .

تصح المقاصة متى لم يتعلق بأحد الدينين حق لآخر فإن تعلق بأحد الدينين حق لثالث فلا تجوز المقاصة ؛ لأن فيها ضياع حقوق الغير وهو لا يجوز [2] .

والمقاصة حق للطرفين : لكل واحد أن يطلبها ولهما تركها بالاتفاق ، ويجوز للطرفين المقاصة اختيارًا بينهما بلا تقاض . ويجوز للقاضي إذا تداعى شخصان وطلب كل منهما الحكم على صاحبه بشيء معين يصح فيه المقاصة ، وثبت لكل واحد منهما حق ببعض ما يدعيه قِبَلَ صاحبه أو كل ما يدعيه ، أن يحكم بالمقاصة وأن يلتقي الدينان مقاصة فهما مهدران تداعيًا للسقوط بمثل هذا الحكم [3] .

---

(1) يجب لوقوع المقاصة أن يكون هناك دينان متقابلان متماثلان صالحان للمطالبة بهما قضاء ولا نزاع فيهما ومستحقان للأداء في وقت معين ، ولا تجري المقاصة لهذا إذا كان أحد الدينين حالا ، والآخر مؤجلا إلا إذا رضى الطرفان ذلك . ولذا فإنه إن لم تتقابل ذمة الدائن والمدين لم تجر المقاصة بين دينهما إلا بالتراضي كذلك . وهو ما تناولته المواد 362 مدني مصري ، 352 مشروع المدني طبقًا للشريعة ، 435 كويتي ، 408 ، 409 عراقي ، 343 – 345 أردني ، 224 من مرشد الحيران .

(2) قاعدة : المقاصة حق للطرفين ولهما تركها بالاتفاق وقد بينت المواد 367 مصري ، 375 مشروع طبقًا للشريعة الإسلامية 415 عراقي ، 430 كويتي أنه لا تقع المقاصة إن أدت إلى الإضرار بالغير .

(3) راجع في نتائج المقاصة بالتفصيل : الشرح الصغير جـ 3 ص 119 ، 120 ، ومواهب الجليل جـ 4 ص 549 ، ص 550 ، وحاشية الرهوني على الزرقاني جـ 5 ص 163 وما بعدها .

بند [181] اتحاد الذمة في الالتزام

القانون الفرنسي : يوجد اتحاد الذمة في الالتزامات متى اجتمعت صفة الدائنية ، وصفة المديونية في شخص واحد لشيء واحد هو محل الالتزام فتتلاشى الالتزامات لاستحالة فصل الدائن عن المدين .

ويحصل هذا غالبًا عند انتقال الالتزامات بطريق الميراث ؛ فيصبح الدائن مدينًا والمدين دائنًا . ومع ذلك فقد يحصل أن يقبل الوارث الميراث بشرط أن يكون فيه فائدة له بعد الحصر لمعرفة ماله وما عليه ، فيبقى مال التركة منفصلًا عن مال الوارث فيبقى الوارث مدينًا أو دائنًا للتركة حتى يعرف الباقي من التركة .

وينتج عن اتحاد الذمة تلاشي الدين جميعه إن انتقل كله للوارث أو جزء منه حسب الميراث ، ويستفيد منه الضامن بخلاف ما إذا ورثه الضامن فيبقى المدين الأصلي ملزمًا بالدين . والشركاء في الدين المتضامنون يسقط عنهم نصيب من اتحدت ذمته في نصيبه من الدين فقط . ويمكن انقطاع اتحاد الذمة فيعود كل شيء كما كان ، وكأنه لم يحصل اتحاد الذمة كما إذا تبينت وصية كانت مجهولة منعت الميراث [1] .

بند [182] اتحاد الذمة

التشريع الإسلامي : مما لا نزاع فيه أن الدين لا يتحقق إلا إذا تعددت الذمم فيكون شخص ملتزما ، وشخص آخر ملتزما له ؛ فلو زالت هذه الصفات المتعددة من دائن ومدين أو مديونية ودائنية أو ملتزم وملتزم له بأن أصبح الدائن هو المدين ، فتجتمع المديونية والدائنية في شخص واحد فلا تتحقق إذن صفة الملتزم والملتزم له في شخص واحد ، ومتى تحقق ذلك فقد بطلت الالتزامات وتلاشت .

ويستفيد من اتحاد الذمة الضامن ؛ لأن الضمان تابع لوجود الدين ، وقد تلاشى

---

(1) انظر : البنود من 1300 – 1301 ، في الفصل الخامس ، من الباب الخامس ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 292 ، 293 .

الدين باتحاد الذمة فلا ضمان [1] .

وليس في التشريع الإسلامي قبول أو رفض التركة أو قبولها بشرط عدم زيادة الدين عن رأس المال ، وإنما القاعدة الأساسية أنه لا ميراث [2] إلا بعد سداد الدين[3] ، ولا يلزم الوارث بسداد دين المورث إلا في حدود التركة [4] فقط . فإن تبرع الوارث بسداد دين التركة من ماليته الخالصة فليس بمجبر عليه ، ولا تمنع الوصية الميراث ، لأن الوصية لا [5] تكون إلا في ثلث التركة فقط [6] .

---

(1) تناولت المادة 370 من القانون المدني المصري والمادة 370 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية أثر اتحاد الذمة في انقضاء الدين ، وهو ما تناولته المادة 418 من التقنين العراقي ، والفقرة الأولى من المادة 353 من التقنين الأردني ، والمادة 433 من التقنين الكويتي .

ويلاحظ أن اتحاد الذمة يتحقق في الغالب عن طريق الميراث .

فإذا ورث المدين الدائن كانت التركة هي الدائنة للمدين . فيرث المدين الدين الذي للتركة ، فتتحد الذمة في الدين ، لأن الحقوق التي للتركة تنتقل إلى الورثة .

وإذا ورث الدائن المدين ، كانت التركة هي المدينة للدائن ، والدائن هو الوارث . فتتحد الذمة أيضا في الدين ، لأن ديون التركة تنتقل إلى الوارث بقدر ما آل إليه من أموال التركة . وقد ذهب رأي إلى أن مبدأ « لا تركة إلا بعد سداد الديون » يحول دون أن تتحد الذمة في الدين في هذه الحالة ، وذلك بحجة أن الدائن لا يرث الدين الذي على التركة ، إذ الديون لا تورث طبقا لهذا المبدأ ، ومن ثم لابد من سداد الدين أولا ، فيستوفي الدائن هذا الدين من التركة ، ثم يرث ما بقي منها بعد سداد الديون ، وبذلك ينقضي الدين بطريق الوفاء لا بطريق المقاصة غير أنه يلاحظ على هذا الرأي أن أموال التركة تنتقل إلى الوارث فور الموت بما فيها من حقوق وما عليها من ديون ، وإنما يكون التزام الوارث بديون التركة في حدود ما آل إليه من أموالها . ومن ثم فإن اتحاد الذمة يتحقق بقدر الأقل من الدين الذي للوارث والأموال التي آلت إليه بالميراث . والذي يعنيه مبدأ « لا تركة إلا بعد سداد الديون » أن أموال التركة لا تخلص للوارث خلوصا تاما إلا بعد سداد الديون . فهذا هو المعنى الصحيح للآية الكريمة التي تقول : « من بعد وصية يوصي بها أو دين » .

انظر في الفقه الإسلامي : محمد أبو زهرة ، أحكام التركات ص 17 وما بعدها ، وانظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة ص 108 .

(2) قاعدة : لا ميراث إلا بعد سداد الديون .

(3) تقضي من رأس ماله ديونه التي لآدمي كانت بضامن أم لا . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (458/4) .

(4) قاعدة : لا يلتزم الوارث بسداد دين المورث إلا في حدود التركة .

(5) قاعدة : الوصية لا تكون إلا في ثلث التركة فقط .

(6) يقول ابن رشد : « اتفق العلماء على أنه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة » . بداية المجتهد جـ 2 ص 335 .

بند [183] سقوط الحق المبرئ للذمة

القانون الفرنسي : سقوط الحق المبرئ للذمة هو طريق لبراءة ذمة المدين من التزاماته بمرور بعض الزمن وبشروط حددها القانون ، وعلة ذلك حفظ كيان الهيئة الاجتماعية بحالتها التي هي عليها ، وحفظ الطمأنينة الناتجة عن تقادم العهد وعقاب الدائن المفرط في طلب حقه مدة قد يفقد فيها المدين سند سداد دينه لتقادم العهد ، فمن العبث وقلب الأوضاع التمشي مع الدائن إلى هذا الحد .

الشروط المطلوبة لسقوط الحق المبرئ : الشرط الوحيد مرور بعض الزمن ، ويبدأ الزمن من الوقت الذي كان يمكن للدائن المطالبة بتنفيذ التزامات المدين ، وفي الحقوق المعلقة على وفاة شخص من يوم وفاته ، والمعلقة على شرط من يوم حصوله ، ويحسب الزمن باليوم لا بالساعات ، ولا يحسب أول يوم ، ويتم سقوط الحق متى كمل آخر يوم من الزمن .

وينقسم الأجل إلى ثلاثة أقسام : أجل 30 سنة ، وأجل 10 سنين ، وأجل قصير .

أولًا : سقوط الحق بمضي ثلاثين سنة هو الأصل في كل حق أو دعوى لم يحدد لها القانون مدة سقوط معينة وهو السقوط العادي .

ثانيًا : سقوط الحق بمضي عشر سنين يكون في :

1 - دعاوى إلغاء العقود أو إبطالها .

2 - دعاوى ملكية العقار ضد المهندس والمتعهد لضمان الأعمال الكبيرة التي عملوها أو أداروها .

3 - دعاوى مسئولية الوصي قِبَل يتيمه في إدارة أملاكه .

ثالثا : سقوط الحق بمدة قصيرة المبنى على افتراض الدفع .

1 - سقوط الحق بمضي ستة أشهر في :

أ - دعاوى الأستاذ والمدرس في العلوم والفنون الجميلة للدروس التي أعطوها في الشهر .

ب - المنزل (لوكاندة وبنسيون) لأجل السكن والإطعام .

جـ - في أجر العمال والشغالة لدفع أجورهم اليومية .

2 - سقوط الحق بمضي سنة في :

أ - دعاوى المحضرين لأجرهم على ما قاموا به من العمل وما قدموا من الخدمات .

ب - دعاوى رؤساء المدارس الداخلية والورش على ما قدموا من الطعام وغيره لتلاميذهم أو صبيانهم .

جـ - دعاوى أجور الخدم المؤجرين سنويًّا لدفع أجورهم .

3 - سقوط الحق بمضي سنتين :

أ - في دعوى الطبيب ، الجراح ، طبيب الأسنان ، الأجزاجي ، القابلة لأجل كشفهم أو عملياتهم أو دوائهم .

ب - دعاوى محضر الدعاوى بالنسبة لنفقاتهم وأجر عملهم ، ويبتدئ الأجل لمحضري الدعاوى من يوم الحكم أو صلح الطرفين .

4 - سقوط الحق بمضي خمس سنين في :

1 - دعاوى جواب تحويل العملة ، وسند تحت الطلب ماداموا معتبرين من أعمال التجارة .

2 - المعاشات الغذائية .

3 - إيجار المنازل وثمن إيجار الأملاك الحقلية .

4 - فوائد المبالغ المعطاة قرضًا ، وكل ما كان إيجاره سنويًّا أو لمدة محددة لأقل من سنة .

ولا يجوز للطرفين الاتفاق على ما يخالف هذه الآجال المحددة قانونًا لأنه مُراعَى فيها الصالح العام (1) .

---

(1) انظر : البنود من 2260 إلى 2281 ، في الباب الخامس ، من الكتاب العشرين ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 284 : 288 .

بند [184] سقوط الحق بمضي المدة

التشريع الإسلامي : سقوط الحق المبرئ لذمة المدين ليس معناه شرعًا إلا عدم قبول الدعوى ، وسماع البينة لمرور زمن يقضي بوجوب وجود اطمئنان الناس على ما في أيديهم ، ومحافظة على الثبات لما عليه الهيئة الاجتماعية بقدر الطاقة ، وليس معناه كما فسره علماء القانون الوضعي من أن سقوط الحق المبرئ للذمة هو طريق لبراءة ذمة المدين من التزاماته بمرور بعض الزمن [1] .

وقد نبه المشرع الإسلامي على أن مرور الزمن لا يسقط الحق [2] ، وإنما يمنع قبول الدعوى . وعدم قبول الدعوى ليس معناه تحلُّل الملتزم من التزاماته ، حتى والحكم في الدعوى بغير الحق لأحد الطرفين على الآخر لا يحل حرامًا ولا يحرم حلالًا ، فإن الملتزم - وإن نجا من الحكم في الدعوى - فهو مطالب بينه وبين نفسه ، وأمام اللّه بالوفاء بما وجب عليه ما دام قادرًا على الوفاء [3] .

---

(1) يقول الشيخ عليش : « لا يقال سقط بالسكوت عنه بلا عذر مع طول المدة وسواء كان بوثيقة أم لا » فإن الدين لا يسقط ، وإنما يسقط دعوى القضاء . فتح العلي المالك جـ 2 ص 135 .

(2) قاعدة : مرور الزمن لا يسقط الحق وإنما يمنع قبول الدعوى .

(3) فسر المؤلف المبدأ القانوني القاضي بسقوط الحق الشخصي بالتقادم على ضوء مقابله في الفقه ، وهو عدم سماع الدعوى الذي تقره الشريعة الإسلامية . فثمة قاعدة أساسية في هذه الشريعة تستند إلى الحديث الشريف ، الذي يقول : « لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم » . وبناء على ذلك نصت المجلة على أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان ، وأنه إذا أقر المدعى عليه بالحق يحكم عليه بإقراره دون اعتبار لمرور الزمان (م 1674 من المجلة) . (انظر الأشباه لابن نجيم ص 88) . وبهذا أخذت جميع المذاهب الفقهية .

إلا أن المذهبين المالكي والحنفي ، وإن كانا قد أقرا عدم سقوط الحق بالتقادم ، إلا أنهما أقرا من جهة أخرى عدم سماع الدعوى بالدين بعد مضي مدة معينة .

ففي المذهب المالكي إذا سكت صاحب الحق بدون عذر مانع مدة من الزمن ، قدرها البعض بعشرين سنة والبعض الآخر بثلاثين سنة ، ثم طالب الدائن المدين بعد ذلك وادعى هذا أنه دفع الدين فإنه يصدق بدون بينة ولا تسمع دعوى المدعي . وحجتهم في ذلك أن إثبات الدفع بعد هذه المدة قد لا يكون ميسورا بسبب نسيان الشهود أو وفاتهم . كما أن تخلف الدائن عن المطالبة بدون عذر يتضمن إقرارا بعدم أحقيته في هذه المطالبة .

أما الحنفية فقد أقاموا رأيهم على الاستحسان لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم وجود الحق ظاهرا . كما استندوا إلى أن طاعة ولي الأمر فيما لا يصادم الشرع واجبة ، وإلى أن ولاية القضاء مستمدة منه وأنها تحتمل التخصيص بالزمان والمكان (م 1800 و 1801 من المجلة) . =

فلو فرض أن شخصًا مدينًا لآخر بخمسين جنيهًا ومضى على هذا الدين خمس عشرة سنة ، ولم يطالب الدائن مدينه ، ثم جاء بعد مرور هذه المدة يطالب بدينه فرفض القاضي سماع دعواه ؛ لأنها لا تسمع بعد هذا السكوت الطويل هذه المدة ، فليس معنى رفض القاضي سماع الدعوى حِلَّ أكل الخمسين جنيهًا على الدائن بل معناه عقاب الدائن على السكوت الطويل حفظًا على النظم الاجتماعية ، ولكن يجب على المدين أداء دينه لدائنه ، ويَحْرُم عليه اغتياله فيه ؛ لأنه لا حق له في ذلك ، فيكون مضي الزمن ليس مبرئًا ، وإنما هو مانع من سماع الدعوى وأدلتها فقط .

والشرط الوحيد مرور الزمن حقيقة ، ولكن يشترط أيضًا حضور المدعي وسكوته عن المطالبة بحقه بلا مانع شرعي يمنعه من التقاضي [1] ، وأن لا يكون المدين غاصبًا ولا سارقًا ، فإن مرور الزمن لا يفيده بشيء . وابتداء المدة من يوم

= ومفاد هذا أن المذهبين المالكي والحنفي قد أقرا مبدأ عدم سماع الدعوى بمرور الزمان ، وبنيا ذلك على الاستحسان والضرورات العملية وعدم وجود الحق ظاهرا وقرينة الإيفاء المستنتجة من السكوت على الحق وقطع الحيل والتزوير ونسيان الشهود أو موتهم أو غيابهم .

وقد قدر بعض فقهاء الحنفية مدة مرور الزمان المانع سماع الدعوى بثلاث وثلاثين سنة ، وقدرها آخرون بست وثلاثين « إلا أن الخلفاء العثمانيين رأوا أن هذه المدة طويلة ، وأنها لا تتفق مع تطور المعاملات وحاجات الناس . ولهذا رأوا أن تكون هذه المدة خمس عشرة سنة مع بعض الاستثناءات التي تضمنتها نصوص المجلة .

ويلاحظ بهذه المناسبة أن مدة التقادم في التقنين المدني الفرنسي ثلاثون سنة . ولكن الفقه الفرنسي ينتقد طول هذه المدة . كما أن مدة التقادم في القوانين الأجنبية الأخرى أقصر من ذلك ، فبعض هذه القوانين يحددها بعشرين سنة ، وبعضها يحددها بخمس عشرة سنة ، وبعضها يحددها بعشر سنوات .

من أجل ذلك أخذت المادة 365 مدني مصري ، والمادة 365 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية في تحديد مدة عدم سماع الدعوى أن تكون خمس عشرة سنة ميلادية ، وهذه المدة تسري بالنسبة إلى كل التزام لم ينص القانون في خصوصه على مدة أخرى . وقد روعي في تحديدها أنها المدة التي يأخذ بها الفقه الإسلامي في المجلة وفي مرشد الحيران ، وهي مدة مناسبة لا ترهق المدين ولا تباغت الدائن ، وقد ألفها الناس منذ زمن بعيد .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 109 ، 110) .

(1) جاء في الشرح الصغير « لو ادعى على الحائز حاضرٌ ساكت بلا مانع له من التكلم عشر سنين لم تسمع دعواه ، واستحقه الحائز لقوله ﷺ : « من حاز شيئا عشر سنين فهو له » . الشرح الصغير (68/4) .

وجوب الأداء وجواز الطلب بلا مانع شرعي [1] .

وسقوط الحق بمضي المدة يختلف باختلاف الأشخاص بالنسبة للدائن من قريب أو غريب أو شريك أو أجنبي وباختلاف الشيء الملتزم بأدائه من عقار أو منقول .

وقد تقدم كل ذلك مفصلًا في المدة الضرورية للتملك بوضع اليد فارجع إليه إن شئت .

وبما أن المدة المحددة لسقوط الحق في الطلب قضاء اعتبرت من المصلحة العامة ، فلا يجوز الخروج عليها باشتراط ما ينافيها ، إلا إذا كان هذا من حق الشخص ذاته ، كمن اشترط على مقرضه مثلًا عدم مطالبته بدين القرض مدة حياته أو لمدة خمسين سنة فذلك جائز [2] .

بند [185] إيقاف مدة سقوط الحق

القانون الفرنسي : وهو وقوف سريان المدة مؤقتًا ، فيمنع مضي المدة من التحقق ما دام السبب قائمًا ، ومتى زال سبب الوقوف ابتدأت المدة حيث وَقَفَتْ ، بمعنى

---

(1) تناولت المادة 374 من القانون المدني المصري المدة المقررة لعدم سماع الدعوى « يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة ، فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون ، وفيما عدا الاستثناءات التالية » .
أما المادة 365 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية فقد أخذت بمبدأ عدم سماع الدعوى بدلا من فكرة التقادم المسقط للحق كما تقدم .
وهو ما تناولته المادة 429 من التقنين العراقي التي تنص على أن « الدعوى بالتزام أيا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة » .
وكذا المادة 449 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه من أحكام خاصة » .
وهو ما ورد في المادة 442 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « لا تسمع عند الإنكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية بمضي خمس عشرة سنة وذلك فيما عدا الأحوال التي يعين فيها القانون مدة أخرى والأحوال المنصوص عليها في المواد التالية » .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 110) .

(2) يقول الدردير : « والحائز يهدم ويبني كالسنتين فأكثر والآخر حاضر ساكت بلا مانع هذا كله في حيازة العقار ، وغير العقار في القريب الزيادة على عشر سنين » . الشرح الصغير جـ 4 ص 69 .

أن الزمن الماضي قبل الوقوف يضم لما يجيء من الزمن ، والسبب العام في وقوف سريان المدة عدم تمكن الدائن من الترافع في القضاء كعدم الأهلية للقصر ، أو الحجر ، أو لوجود الزوجية .

قطع مدة سقوط الحق : وهو حدوث أمر محدد بالقانون يقطع سريان مدة سقوط الحق بمضي المدة بمعنى أن ما مر من الزمن يعتبر كأن لم يكن ، ولا يحسب مستقبلًا وأسباب قطع مدة سقوط الحق هي :

1 - إعلان بالحضور أمام المحكمة .

2 - إعلان بالحضور للصلح .

3 - اعتراف بحقوق الدائن .

وهذه أسباب عامة لقطع المدة في التملك بوضع اليد ، وسقوط الحق في الدين . والأسباب الخاصة لقطع المدة المبرئة هي :

1 - الإنذار على يد محضر للمدين بسداد ما عليه من الالتزامات ، وإلا يجبر عليها بقوة القانون ، ويليه الحجز العقاري وهو يقطع المدة ومجرد تنبيه لا يكفي في قطع المدة .

2 - الحجز بجميع أنواعه يقطع المدة .

ونتيجة قطع المدة هو أن ما مضى من الزمن اعتبر كأن لم يكن ، ولا يحسب على الزمن المستجد ، بل يحسب مضي الزمن عقب سبب قطعه بطبيعته التي ابتدأها 30 سنة أو 10 سنين أو سنتان إلخ ، ويستثنى من ذلك مضي المدة القصيرة الأجل المبني على افتراض دفع المدين ، فمتى قُطِعت مدة سقوط الحق ابتدأ إلى زمن آخر ومدة أخرى وهو 30 سنة .

نتيجة سقوط الحق بمضي المدة :

القاعدة العامة لسقوط الحق بمضي المدة أن الدين يسقط ، وليس على المدين إقامة دليل سوى مضي المدة ، وليس للدائن إثبات أن ذمته مشغولة ، ويستثنى من ذلك الحق الذي يسقط بمدة قصيرة والمفروض فيه قانونًا الدفع . فإن الدائن يمكنه أن يقيم الدليل على عدم الدفع ، وأن يوجه اليمين إلى المدين أو ورثته وزوجته .

وينتج عن سقوط الحق بمضي المدة وجود التزامات طبيعية يمكن أن تؤدي إلى دفع حقيقي أو ضمان ، وسقوط الحق بمضي المدة لا يعمل به بقوة القانون . ولكن على المدين أن يتمسك به أمام القضاء في أي درجة من التقاضي لا أمام النقض . وينتفع بهذا الحق المدين والشركاء في الدين والضمَّان .

التنازل عن سقوط الحق : يصح التنازل عن سقوط الحق بشرط أن يكون التنازل بعد وجوده ، وأن كل شخص يملك سقوط الحق يجوز له التنازل عنه بشرط كونه أهلًا للتصرف ، ولدائني المدين معارضته في تنازله عن سقوط الحق بمضي المدة مع التمسك بهذا نيابة عنه ولهم الاعتراض أيضًا بعد التنازل عنه إذا كان ذلك بطريق الغش الذي أضرهم [1] .

بند [186] نتيجة سقوط الحق بمضي المدة

التشريع الإسلامي : القاعدة العامة لسقوط الحق بمضي المدة أن الدين لا يقبل الطلب به قضاء [2] بمعنى أن القاضي لا يسمع الدعوى ، ولا أدلتها . وعلى مدعي سقوط الحق بمضي المدة إقامة الدليل على ذلك ، وليس على مدعي الالتزام إثبات مشغولية ذمة مدينه ؛ لأن هذا ليس موضوع النزاع بعد الادعاء بمضي المدة ، فإن الدعوى تصبح منحصرة في أن الدائن له حق الطلب قانونًا وشرعًا أوْ لا .

ومتى كانت الدعوى غير مسموعة لمضي المدة فلا توجه اليمين مطلقًا ؛ لأن اليمين إنما توجه عند وجود دعوى مسموعة لا إثبات فيها [3] .

وعلى المدين الملتزم أداء ما التزم به شرعًا . ولا تبرأ ذمته بمجرد مضي المدة كما قدمنا ، ويحرم عليه عدم الأداء ما دام قادرًا عليه ، وهو ما يسميه القانون الوضعي (نتج عنه حق طبيعي) .

وسقوط الحق بمضي المدة من حق المدين الدفع به ؛ فلو تركه فقد ترك حقه ، وهو

(1) انظر : البنود من 2242 إلى 2259 ، من الباب الرابع ، من الكتاب العشرين ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 278 : 284 .

(2) قاعدة : الدين لا يقبل الطلب به قضاء .

(3) يقول الدردير : « لو ادعى على الحائز حاضر ساكت بلا مانع له من التكلم عشر سنين لم تسمع دعواه ولا بينته التي أقامها على دعواه » . الشرح الصغير جـ 4 ص 68 .

حر في ذلك مادام لم يلحق ضررًا بدائنيه ، وإلا فلهم الحق في معارضته وطلب نقد تصرفه ؛ لأنه أعجز نفسه عن أداء ديونهم أو التزاماتهم بعدم الدفع بمضي المدة .

والتنازل عن قطع المدة تصرف مالي يشترط فيه أهلية التصرف ؛ فلا يصح من قاصر ولا محجور عليه ولا مجنون ، وينتفع بسقوط الحق بمضي المدة الشركاء في الدين والمدين والضُّمَّان .

وبما أن سقوط الحق بمضي المدة مشروط فيه كون صاحب الحق متمكنًا من التقاضي وطلب حقه في هذه المدة ، فلو طرأ عليه ما سلب أهليته في التقاضي كجنون مثلًا أو أسر أو عذر قاهر لا طاقة له بدفعه ، ولم يكن سببًا فيه فيقف سقوط الحق حتى يزول هذا المانع الشرعي .

وبما أنه يشترط في مضى المدة المسقطة سكوت صاحب الحق عن الطلب ، فإن لم يسكت وطالب فلا تمضي المدة ؛ فلو سكت مدة ثم طالب ثم سكت اعتُبر مضي المدة من السكوت الثاني ، وتسقط المدة الأولى إلى أول السكوت الثاني ، وبذلك يقال : إن مدة سقوط الحق قُطِعَت .

وكل ما يدل على الطلب شرعًا يعتبر قاطعًا لمدة سقوط الحق حتى أمام شهود عدول ، وحتى على يد رسول الحاكم مثلًا وهو (المحضر) ، وأما الحجز فلا يكون إلا للأحكام وقد سبق الكلام عليها [1] .

(1) تناولت المادة 383 من القانون المدني المصري والمادة 375 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية انقطاع المدة المقررة للتقادم ولعدم سماع الدعوى ، وهو ما أخذت به المادة 437 من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

1 - تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر ، فإن طالب الدائن غريمه في المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فإنها تسمع بعدها .

2 - وكالمطالبة القضائية الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو توزيع وبوجه عام أي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى .

وهو ما جاء في المادة 460 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية أو بأي إجراء قضائي يقوم به الدائن للتمسك بحقه » .

كذلك المادة 448 من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الإسلامي انظر المادة 260 من مرشد الحيران .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 115) .

وقد سبق أن سقوط الحق في المطالبة بالدين فيه خلاف بين العلماء : هل يسقط بمضي خمس سنين أو عشر سنين أو خمس عشرة سنة أو أكثر أو لا يسقط أبدًا ؟ والصحيح ترك ذلك لقاضي الموضوع فإن رأى أن السكوت خمس سنين كاف مثلًا في ديون التجارة رد الدعوى ، وإن رأى العشر السنين في القرض كافية مثلًا لفقر الدائن واحتياجه ويسار المدين ولا عذر للدائن في السكوت رد الدعوى وهكذا .

هذه مسألة فيها خلاف المجتهدين من المذهب فلولي الأمر تحديد المدة لكل نوع من الديون التي تكون في الذمة بما فيه المصلحة .

بند [187] نقل الالتزامات

القانون الفرنسي : انتقال الدين في التشريع القديم ما كان جائزًا لا في الحياة ولا بعد الممات ، ثم عُرِف في القانون الروماني بعد الوفاة باعتبار أن الوارث يستمر في تمثيل المتوفى ، ثم عرف الانتقال بين الأحياء ، وبعد الوفاة في التشريع الجديد .

تحويل الالتزام في الدين هو نقل الدائنية من ذمة شخص يملكها إلى شخص آخر يحل محله في جميع الحقوق كنقل الملكية في العقار .

الأسباب القانونية لتحويل الدين : كعقود نقل الملكية يصح أن يكون تحويل الدين في مقابل شيء وبدون مقابل شيء .

بيع الدين وهو عقد يتعهد فيه شخص إلى آخر بنقل دين إليه نظير ثمن نقد يدفعه إليه ، وشروط صحة هذا العقد هي شروط صحة العقود العادية .

التزامات بائع الدين : يجب على بائع الدين التزامات ثلاثة :

1 - نقل الدائنية إلى المشتري .

2 - تسليمه سند الدين .

3 - ضمان المشتري .

والقاعدة العامة أن البائع للدين لا يضمن مقدرة المدين على الدفع ، لا في الحال ولا في الاستقبال . فقط يضمن للمشتري وجود الدين وقدره وتوابعه ،

فيضمن البائع عند عدم وجود الدين أو نقصه أو عدم وجوبه ، فيدفع الدين المبيع [1] ومصاريفَ العقد وفوائد المبلغ ومصاريف التقاضي .

ويمكن للمتعاقدين وضع شروط للضمان أزيد من ذلك أو عدم مسئولية البائع مطلقًا فيكون بيع حظ . وفي حالة اشتراط ضمان الدفع ، وقد أفلس المدين ، يرجع المشتري بما دفع فقط لا بقيمة الدين الاسمية .

حوالة الدين : نقل الدين من الدائن إلى شخص آخر يحل محله كنقل ملكية العقار إلى المشتري ، فعلاقات المحيل والمحال إليه كالآتي :

أولًا : علاقة الطرفين بمجرد اتفاق المحيل والمحال إليه ، ينتقل الدين إلى المحال إليه من وقت تقابل الإرادتين .

ثانيًا : علاقة الطرفين والشخص الثالث : لا ينتقل الدين بمجرد اتفاق الطرفين المحيل والمحال إليه بالنسبة للشخص الثالث ، بل يجب أحد أمرين : إما إعلان المدين بتحويل الدين على يد محضر ، وإما قبول المدين هذا التحويل في إشهاد رسمي . والمراد بالشخص الثالث ما عدا طرفي العقد المحيل والمحال إليه .

نتائج انتقال الدين :

إذا لم يقبل المدين تحويل الدين أو لم يعلن بمحضر بهذا التحويل يبقى الدائن مالكًا للدين بالنسبة للشخص الثالث . وينتج ما يأتي :

1 - يمكن للمدين معارضة المحال إليه بكل ما يلاشي الدين مما حصل قبل إعلانه بالتحويل من دفع أو مقاصة أو سقوط الحق إلخ .

2 - إذا تحول الدين إلى شخصين متتابعين أحدهما أشهر تحويله طبقًا للقانون كان هو المفضل ، ولو كان تاريخه متأخرًا عن الثاني ، كذلك إذا وضع الدين رهنًا عند شخصين فمن اتبع القانون في إشهاره كان هو المقدم على الثاني .

ويستثنى من القاعدة السابقة ما يأتي :

أولًا : إذا تنازل شخص عن قيمة إيجار عقار أو أرض زراعية لمدة ثلاث سنوات على الأقل : يجب علاوة على ما سبق تسجيل هذا التنازل بسجل الرهونات التابع

(1) في الأصل : [المباع] .

إلى دائرة الاختصاص الإداري الكائنة به العين المؤجرة .

ثانيًا : لا يحتاج إلى شيء إذا كان الالتزام نقل سهم مالي باسم معين إلى سهم لحامله ، أو إلى سند تحت الطلب . فهذا الدين يتحول بدون شرط ولا قيد ؛ فالسند الاسمي يتحول إلى الشخص بمجرد إمضائه في سجل المؤسسة صاحبة هذا السهم أن السهم أصبح له ، والسند إلى حامله يتحول بمجرد التسليم لمالكه . السند تحت الطلب يتم تحويله بالكتابة على ظهره أنه تحول لفلان .

المديونية التي لا يصح تحويلها :

القاعدة الأساسية أن كل دين يصح تحويله سواء أكان حالًّا أم مؤجلًا أم مشروطًا بشرط ، ولكن يستثنى ما يأتي :

أولًا : المعاشات المدنية أو الحربية المعتبرة لضرورة الوجود لمستحقيها .

ثانيًا : المعاشات المقدرة طول الحياة من خزانة المعاشات للطاعنين في السن .

ثالثًا : أجر العمل للعمال والمهايا التي تقل عن ألفي فرنك ، ودين الضرورة المعاشية [1] .

بند [188] نقل الالتزامات

التشريع الإسلامي : قد عرف نقل الالتزامات في الحياة وبعد الممات في التشريع الإسلامي منذ وجوده أي منذ 1362 سنة ، ووضعت له القواعد والأحكام أخذًا من أصولها (الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والقياس) . وقد كان التشريع الروماني مانعًا ذلك أو كان لا يعرفه بعد . والذي أعقب التشريع الروماني هو التشريع الإسلامي الذي ملأ طباق الأرض عدلًا وتشريعًا وتقنينًا فجعل الديون عروضًا حكمية [2] يصح نقلها من ذمة إلى ذمة في المديونية والدائنية حال الحياة أو بعد

---

(1) انظر : البنود من 1249 إلى 1252 ، في الفصل الأول ، من الباب الخامس ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 280 : 282 .

(2) نظر التشريع الإسلامي إلى الالتزام باعتباره قيمة مالية منذ أول الأمر ، ولذا أمكن نقل الالتزام بين الأحياء وتحويله بعناصره المختلفة من شخص لآخر . أما التشريع الروماني فقد نظر إلى الالتزام باعتباره رابطة شخصية بين الدائن والمدين ، ولذا لم يكن ليعرف هذا القانون فكرة الحوالة وانتقال الالتزام ، واستمر التفكير في الالتزام على هذا النحو فترة طويلة في التشريعات اللاتينية . انظر الوسيط للسنهوري 418/3 وما بعدها .

الممات ، فالذي شرع هذا هو التشريع الإسلامي وهو ما يسمونه التشريع الحديث ، فلا تسمح نفس هؤلاء المتشرعين أن يقولوا : هو التشريع الإسلامي الذي عنه أخذنا هذه القواعد العقلية ولا هذا التشريع السليم المتفق مع الصالح العالم في دنياهم ، ولكن مهما أخفوا وجه الحقيقة فهي سافرة ، ومهما طمسوا معالم التشريع الحكيم القويم فسيظهر عاليًا منيرًا وضياء يبهر بنوره العيون المغشي عليها ؛ فهو من اللّه وسيظهره اللّه على الدين كله ولو كره الكافرون .

وتحويل الالتزام في الدين هو حلول ذمة دائنة محل ذمة أخرى في الدائنية مع بقاء شخص المدين ؛ كما إذا كان زيد مدينًا لعمر بمبلغ خمسين جنيهًا مثلًا ، واتفق عمر مع بكر على تحويل دينه الذي له على عمر إليه فقبل ، فتم حلول ذمة بكر محل ذمة عمر في الدائنية ، مع بقاء شخص المدين وهو زيد [1] .

(1) تناولت المادة 303 من القانون المدني المصري والمادة 291 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، موضوع حوالة الحق ، وهي نقل الدين من دائن إلى دائن آخر مع بقاء المدين . وتنعقد هذه الحوالة وتنفذ دون رضاء المدين ، ويكفي إعلانه بها لترتب آثارها . (الوسيط 442/3 وما بعدها) .

والمذهب المالكي في تقدير السنهوري ومن تابعه ، دون المذاهب الثلاثة الأخرى ، الحنفي والشافعي والحنبلي ، يقر حوالة الحق فيما يسميه بهبة الدين وبيع الدين . ويشترط لانعقاد هبة الدين لغير المدين ، وهي حوالة حق عن طريق التبرع ، ما يشترط لانعقاد الهبة بوجه عام .

ويشترط لانعقاد بيع الدين إلي غير المدين ، وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة ، ما يشترط لانعقاد البيع بوجه عام . ويشترط المذهب المالكي إلى جانب ذلك شروطا أخرى هي :

1 - ألا يكون الدين حقا متنازعا فيه ، لأن شراء ما فيه خصومة غير جائز .

2 - ألا يكون الدين طعاما في ذمة المدين ، لأن بيع الطعام قبل قبضه ممنوع .

3 - ألا يكون الثمن من جنس الدين ، إذ المشتري يشتري الدين المؤجل عادة بأقل من قيمته فيكون سلفا بمنفعة ويداخله الربا .

4 - أن يعجل الثمن ، وإلا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز .

5 - ألا يكون المشتري خصما للمدين ، وإلا كان في هذا إعنات للمدين بتسليط خصمه عليه .

انظر في ذلك : المدونة الكبرى للإمام مالك جـ 9 ص 128 - 130 . التاودي على التحفة جـ 2 ص 47 . السنهوري ، الوسيط جـ 3 فقرة 240 ص 434 و 435 .

وانظر المادة 66 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك (الشرح الصغير وحاشيته 37/3 ، مواهب الجليل 368/4) .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 92) .

وتحويل الدين ككل العقود السالبة والموجبة لا تتم إلا بين شخصين فتكون بمقابل فهو بيع ، وبلا مقابل فهو هبة .

بيع الدين : وهو عقد معاوضة بين دائن وشخص آخر ، أحد عوضيه الدين الذي في ذمة المدين ، والعوض الآخر الثمن الذي يدفعه المشتري حالًّا أو معينًا يتأخر قبضه ، أو بمنافع معين . وشروط صحة بيع الدين الخاصة به علاوة على شروط صحة العقود العادية وهي [1] : حضور المدين ، وحياته [2] ، وإقراره بالدين ، وكون المدين ممن تأخذه الأحكام ، وعدم وجود عداوة بين المشتري والمدين ، وتعجيل الثمن حقيقة بالدفع أو حكمًا كمعين يتأخر قبضه أو منافع معين ، وكون الثمن من غير جنس الدين أو من جنسه واتحدا قدرًا وصفة وليس ذهبًا بفضة ولا عكسه وليس طعام معاوضة .

فلا يجوز بيع دين على ميت ولا دينٍ على غائب ولا دينٍ على حاضر لم يقر به ولو ثبت بالبينة بعد البيع ؛ لأنه بيع ما فيه خصومة .

ويمنع شراء دين من ربه عنتا بالمدين ويُرَدُّ . فإن فات الثمن بيد بائعه رَدَّ مثله أو قيمته . فإن تعذر الرد بموت رب الدين أو غيبته تولى الحاكم قبض الدين من المدين بالمعروف ، ودفعه للمشتري عنتًا ومنعه من التسلط عليه .

وبيع الدين بدين لغير من هو عليه لا يجوز ، وبتمام البيع تنتقل المديونية من البائع إلى المشتري ويجب تسليم سند الدين ، ويضمن البائع وجود المديونية لا قدرة المدين على الأداء ، إلا إذا اشترط المشتري للدين ضمانة البائع فيما باع . فإن أفلس المدين أو تبين مطله وعدم مقدرته على الدفع ضمن البائع للدين ما أخذه من المشتري لا قيمة الدين ، وكذا يدفع ما أنفقه في سبيل الحصول على الدين الذي لم يقبضه [3] .

(1) يقول الدردير : في بيع دين بمثله ، أنه على أقسام ، منها : « فسخ ما في الذمة في مؤخر ولو معينًا يتأخر قبضه كغائب أو منافع معين وبيعه بدين كبيع ما على غريمك بدين في ذمة ثالث ، وابتداؤه به كتأخير رأس مال السلم ... » . الشرح الصغير جـ 3 ص 35 ، ومواهب الجليل جـ 4 ص 368 وما بعدها .

(2) الأولى أن يكتفي بقوله حضور المدين لأن (حضوره يستلزم حياته) . الشرح الصغير (35/3) .

(3) يشترط لانعقاد بيع الدين إلي غير المدين ، وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة ، ما يشترط لانعقاد البيع بوجه عام . ويشترط المذهب المالكي إلى جانب ذلك شروطا أخرى هي : =

الحوالة :

هي صرف دين عن ذمة المدين بمثله إلى ذمة أخرى تبرأ بها الأولى ، ويشترط لصحة الحوالة [1] :

أولًا : رضاء المحيل والمحال إليه دون المحال عليه ، فقط يُشْتَرط حضوره وإقراره بالدين . وقد اختلف فقهاء الأندلس في هل يُشْتَرط في صحة الحوالة حضور المحال عليه وإقراره أوْ لا يشترط ذلك ؟ رُجِّح كل من القولين ، والأول أرجح ؛ لأن الحوالة من قبيل بيع الدين .

ثانيًا : ثبوت دين للمحيل على المحال عليه لازم ، فدين الصبي والسفيه بغير إذن ولي لا تجوز فيه الحوالة ، وكذا ثمن المبيع بالخيار .

فإن علم المحال بعدم وجود الدين على المحال عليه ، وشرط المحيل البراءة من مقابل الدين المحال به صح وبرئ فلا رجوع عليه .

= 1 – ألا يكون الدين حقا متنازعا فيه ، لأن شراء ما فيه خصومة غير جائز .

2 – ألا يكون الدين طعاما في ذمة المدين ، لأن بيع الطعام قبل قبضه ممنوع .

3 – ألا يكون الثمن من جنس الدين ، إذ المشتري يشتري الدين المؤجل عادة بأقل من قيمته فيكون سلفا بمنفعة ويداخله الربا .

4 – أن يعجل الثمن ، وإلا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز .

5 – ألا يكون المشتري خصما للمدين ، وإلا كان في هذا إعنات للمدين بتسليط خصمه عليه .

انظر في ذلك : المدونة الكبرى للإمام مالك جـ 9 ص 128 – 130 . التاودي على التحفة جـ 2 ص 47 . السنهوري ، الوسيط جـ 3 فقرة 240 ص 434 و 435 .

وانظر المادة 66 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك (الشرح الصغير وحاشيته جـ 2 ص 37 ، مواهب الجليل جـ 4 ص 368) .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 92) .

(1) هذه هي حوالة الدين التي عرفها الدردير : « الحوالة صرف دين عن ذمة المدين بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى إلخ » . الشرح الصغير جـ 3 ص 169 . وراجع باقي أحكامها التفصيلية في : بداية المجتهد جـ 2 ص 299 وما بعدها ، وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 5 ص 391 وما بعدها وحوالة الدين تتضمن اتفاق المدين مع طرف ثالث على أن يتحمل عنه دينه الذي في ذمته ، فينتقل الدين إلى هذا الطرف الثالث . وحوالة الدين عند السنهوري (الوسيط 559/3) نظام إسلامي بحت ، وإن كان له نظير في التشريعات الجرمانية » .

فإن لم يعلم فله الرجوع .

ثالثًا : حلول الدين المحال به أو المحال عليه ، أو حلولهما معًا لعدم وجود ما يقتضي المنع ، فإن كانا غير حالين معا منعت الحوالة .

رابعًا : تساوي الدينين قدرًا وصفة وأن لا يكونا طعامين من بيع [1] .

وبمجرد العقد يتحول حق المحال على المحال عليه ولا رجوع له على المحيل ، وإن أعدم المحال عليه أو مات أو جحد بعد الحوالة ، إلا أن يعلم بذلك المحيل فقط دون المحال إليه فله الرجوع عليه ؛ لأنه قد غره .

فإن شرط المحال على المحيل أنه إن أفلس المحال عليه رجع بماله فله شرطه كما سمع الإمام سحنون [2] من الإمام مالك رضى الله عنهم أجمعين .

وينتقل الدين بمجرد العقد بالنسبة للطرفين وللشخص الثالث ، ويكفي الإشهاد بلا إعلان بتحويل الدين على يد محضر ولا القبول في إشهاد رسمي .

غير أنه حفظًا لحق الشخص الثالث من التلاعب خصوصًا في هذه الأيام التي فسدت فيها الذمم ، وأصبح الغش فاشيًا ، والاحتيال معروفة كثرته ، والقاعدة في مذهب الإمام مالك سد الذرائع وإبطال الحيل ومنع ما يفسد على الناس معاشهم ومعادهم يجب إعلان التحويل بطريق رسمي على يد مشهد رسمي كمحضر أو عمل إشهاد لما يترتب على ذلك من حفظ حقوق الناس ولا يتنافى مع القواعد الشرعية خصوصًا متى أمر به الحاكم فيجب .

فإن لم يقبل المحال عليه حوالة دينه فإن كان لعذر شرعي كعداوة بين المحال وبينه أجيب لذلك ، فإن كان التحويل جائزا في سند الدين كفى هذا بدون قبوله ؛ لأنه قد قبل بالفعل . وعلى هذا فمتى مانع المدين في تحويل دينه فيبقى مدينًا لدائنه الأصلي .

---

(1) شروط الحوالة بالتفصيل في الخرشي على مختصر خليل (16/6 ، 17 ، 18) .

(2) هو عبد السلام بن حبيب بن حسان بن هلال ابن عبد الله التنوخي ، الإمام العلامة فقيه المغرب ، أبو سعيد الحمصى الأصلي و المغربي القيرواني المالكي ، قاضي القيروان وصاحب المدونة ويلقب بسحنون . ولم يكن بين مالك وسحتون أحد أفقه من سحنون ، توفى سنة 240 دوله 80 سنة .

انظر : الذهبي العبر 34/2 .

انظر : سير أعلام النبلاء 70/10 .

وتفضيل أحد المحول إليهم معمول به خصوصًا إذا أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر أو أرخا معًا ، ولكن أحدهما أرخ أولًا والثاني متأخرًا ؛ فالأول أولى أو اتفقا في التأريخ ، ولكن أحدهما أشهد القاضي فُضِّل على الذي لم يشهد ؛ لأنه أدعى لليقين .

والقاعدة الأساسية أن كل دين متى استوفى شروط صحة التحويل صح تحويله [1] ، وأما تحويل المعاشات المدنية أو الحربية فلا يجوز تحويلها قبل استحقاقها بالفعل ؛ لأنها بعد نهاية الشهر تصبح دينًا ثابتًا مستحقًّا في الذمة . وشرط الحوالة ذلك . وأما قبل مضي الشهر فلا يجوز التحويل ؛ لأن المعاش لم يصبح بعد دينًا صحيحًا في الذمة .

وكذا يقال في معاش الطاعنين في السن وأجر العمال والمهايا إلخ ؛ لأن شرط التحويل إنما يعود على طبيعة الدين من حيث وجوده وثباته ولزومه . ولا شك أن مثل هذه الديون غير موجودة قطعًا؛ لأنها تجب يومًا فيومًا ، وكل يوم يمر يتجمد ما يخصه في ذمة المدين فيصبح التحويل بعد الاستحقاق لا قبله .

بند [189] انتقال الدين لمدين آخر

القانون الفرنسي : وهو عمل قانوني به يحل مدين مكان مدين آخر في تحمل ودفع نفس الدين مع بقاء الدائن ، وهي المقابلة لتحويل الدين فيتغير الدائن ويبقى الدين في كلتا الحالتين على ما هو عليه ، ولأول مرة نظمها القانون الألماني في المواد 414 إلى 419 ، وتتم على وجهين :

الأول : أن يتفق الدائن مع مدين آخر ليحل محل مدينه الأول .

الثاني : أن يتفق المدين الأول مع المدين الثاني على أن يحل هذا محله بقبول الدائن صراحة أو ضمنًا .

ويتحقق ذلك فيمن يشتري عقارًا مرهونًا فيحل محل المالك الأصلي في دفع الدين (دين الرهن) أو يقبل شخص ما يملكه شخص آخر نظير معاش مدة الحياة .

ونتيجة ذلك انتقال الالتزامات من المدين الأول إلى المدين الثاني كما كانت

---

(1) قاعدة : كل دين استوفى شروط صحة التحويل صح تحويله .

عليه ، وليس هذا تجديدًا للدين بل هو نقل له فقط من ذمة إلى أخرى ، وللمدين الجديد إبداء دفاع القديم من كل ناحية ماعدا المقاصة ، ولا ينتقل مع الدين توابعه من ضمان ورهن إلخ إلا إذا كان ذلك مشروطًا .

وليس في القانون الفرنسي هذا البحث فهو تجديد في القانون الألماني المدني (1) .

بند [190] انتقال الدين لمدين آخر

التشريع الإسلامي : وهو عمل جائز شرعًا ، وبه يحل مدين مكان مدين آخر في تحمل ودفع نفس الدين مع بقاء الدائن ، وهو بيع الدين لغير من هو عليه كبيع دين على غريمك بثمن في ذمة رجل ثالث والثمن حال أو معين يتأخر قبضه أو بمنافع شيء معين .

أو هو من قبيل الحوالة وهي صرف دين عن ذمة المدين بمثله إلى ذمة أخرى تبرأ بها الأولى ، كما إذا داين زيد عمر بألف ، وداين عمر بكرًا بألف ، فأحال عمر مدين زيد على بكر بنفس الألف التي يداينه بها عمر ، فحل بكر مكان عمر في تحمل ودفع نفس الدين مع بقاء الدائن وهو زيد فيبقى الدين والدائن ويتغير المدين (2) .

---

(1) انظر : البنود من 1249 إلى 1252 ، في الفصل الأول ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 280 : 282 .

(2) تناولت المادة 315 من القانون المدني المصري والمادة 304 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع حوالة الدين ، التي تتم باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين . وهو ما عرفتها به والمادة 1/339 من التقنين العراقي التي تنص على أن « حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه » .

وكذا المادة 993 من التقنين الأردني التي تنص على أن : « الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه » .

والمادة 1/377 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « يترتب على حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه » .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 870 من مرشد الحيران على أنه « إذا قبل المحتال الحوالة ورضي المحتال عليه بها برئ المحيل وكفيله إن كان له كفيل من الدين ومن المطالبة معا ، وثبت للمحتال حق مطالبة المحتال عليه . غير أن براءة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحتال » .

ونصت المادة 673 من المجلة على أن « الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى » .

(انظر رد المحتار على الدر المختار جـ 4 ص 288) .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 94) .

وليس في التشريع جدة وحداثة ، ولكنه موجود في التشريع الإسلامي وموجودة أحكامه في موضعين : (في باب الحوالة وفي بيع الدين بالدين المقسم إلى ثلاثة أقسام) فقد أخذه المشرع الألماني عن التشريع الإسلامي ، ونقله التشريع الفرنسي مدعيًا حداثته وعدم السبق به ، ولو تأمل من يدعون العلم بالتشريع حديثه وقديمه وتخلوا عن التعصب على التشريع الإسلامي وعن إسقاطه من حسابهم لقالوا الحق وأنصفوا العلم ، والتشريع الإسلامي من حيث هو تشريع إلهي سماوي لم يصل إلى أحكامه بعد أعرقُ الأمم في المدنية والحضارة ، ولكن هكذا أعماهم هواهم وأضلهم عن سواء السبيل ، وليس هذا بضائر التشريع الإسلامي في شيء ، ولله في خلقه شئون ، وهو مالك الملك يفعل ما يشاء إنه على كل شيء قدير .

ويجوز أن يتفق دائن مع مدين آخر ليحل محل مدينه الأول برضاء هذا المدين ، ويجوز أن يتفق المدين الأول مع المدين الثاني على أن يحل محله بقبول الدائن صراحة أو ضمنًا .

ومن باع عقارًا مرهونًا على أن يدفع دين الرهن من الثمن جاز متى كان الثمن ودين الرهن معلومين ، وبهذا حل مدين مكان مدين [1] .

وأما قبول شخص ما يملكه آخر نظير معاش مدة الحياة فغير جائز ؛ لأن الثمن في البيع يجب أن يكون معلومًا ، والمعاش مدة الحياة مجهول .

ومجرد حلول المدين الثاني محل الأول يكفي في نقل الالتزامات من المدين الأول إلى المدين الثاني ؛ وبرئت ذمة الأول بذلك .

وللمدين الثاني كافة الدفوع التي للمدين الأول إبداؤها ، بل وله المقاصة أيضًا؛ لأن تعريفها ينطبق عليه .

ولا ينتقل الضمان ولا الرهن مع نقل الدين إلا إذا شرط ذلك في نقل الدين

---

(1) تناولت المادة 322 من القانون المدني المصري والمادة 311 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، موضوع بيع العقار المرهون رهنا رسميًا وشرط انتقال الدين المضمون بالرهن لذمة المشتري ، وهو قيام الاتفاق على ذلك ، وإلا لم ينتقل هذا الدين .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 96) .

فيعمل بالشرط [1] .

(1) يقول الدردير : الحوالة صرف دين أي نقله وطرحه عن ذمة المدين بمثله أي بدين مماثل إلى ذمة أخرى تبرأ بها ... » الشرح الصغير جـ 3 ص 169 ، جـ 4 ص 35 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 299 . وهذا هو رأي جمهور الفقهاء ، فعندهم أن ذمة المحيل وذمة كفيله تبرأ بمجرد انعقاد الحوالة وتمامها . لكن ذهب بعض الفقهاء إلى انتقال الدين للمحال عليه ، محملا بكافة الصفات التي كان عليها عند المدين الأصلي « المحيل » . ومقتضى هذا الرأي استمرار حق الدائن في حبس المرهون . أما الكفيل فلا يبقى ملتزمًا قِبَلَ الدائن ، إلا إذا رضي بالحوالة . ومستند هذا الرأي المصلحة ، وهو ما أخذت به المواد 318 ، 320 مصري و 1004 ، 1005 أردني .

نتيجة المقارنات من بند 155 إلى بند 190

يتفق التشريعان فيما يأتي :

التزامات غير قابلة للقسمة - الالتزامات بالتضامن والالتزامات غير القابلة للقسمة - التزامات طبيعية من أصلها - التزامات مدنية فسدت (في الجملة) .

تلاشي الالتزامات : الدفع - الذي يملك حق القبض لمادة التعاقد - مادة التعاقد الواجب أداؤها - الدفع مع حلول شخص محل آخر - نتائج حلول شخص محل آخر في الدفع (في الجملة) - دفع الدين من ثالث - بيع الدين (على تفصيل) - خصم التسديد - عرض الدفع والاستيداع - ترك المدين أملاكه لدائنيه - التجديد (في الجملة) - نظرية النيابة (في الجملة) - إسقاط الدين (في غير الكونكورداتو) - المقاصة - اتحاد الذمة - سقوط الحق بمضي المدة (في غير المدة) - إيقاف مدة سقوط الحق - نتيجة سقوط الحق بمضي المدة (في الجملة) - نقل الالتزامات - انتقال الدين لمدين آخر .

انتهى الجزء الثاني ويليه الجزء الثالث وأوله (دليل العقود والالتزامات)

والله تعالى أعلم



فهرس عام للجزء الثاني من كتاب
المقارنات التشريعية

القسم الرابع الالتزامات

الكتاب الأول

الكتاب الثاني

الكتاب الثالث

فهرس أبجدي للجزء الثاني

من المقارنات التشريعية

(خ)

(د)

(س)

(ش)

(ض)

(ط)

(ع)

(ق)

(ك)

(م)

(و)

سلسلة دراسات المقارنات التشريعية (٢)

المقارنات التشريعية

بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي

مقارنة بين فقه القانون الفرنسي
ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف

سيد عبد الله علي حسين

من علماء الأزهر الشريف وليسانس في الحقوق الفرنسية

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج

أ. د علي جمعة محمد

أحمد جابر بدران

المجلد الثالث

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى
1421 هـ - 2001 م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

القاهرة – مصر 120 شارع الأزهر ص ب 161 الغورية
هاتف 5932820 - 2704280 - 2741578 (202) فاكس 2741750 (202)

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد خاتم النبيين .

وبعد فنبدأ الجزء الثالث من كتاب « المقارنات التشريعية » راجين من الله أن يسدد خطانا وأن يهدينا سواء السبيل وهو حسبي ونعم الوكيل .

القسم الخامس

الكتاب الأول

دليل العقود والالتزامات

بند [1] القانون الفرنسي

دليل العقود والالتزامات :

كلمة (دليل) لها عدة استعمالات :

1 – تستعمل في كل وسيلة مستعملة للدفاع لإظهار وجود فعل مدعى به ومنكر من الخصم .

2 – تستعمل في نفس تقديم الأدلة في هذه القضايا أمام القضاء .

3 – وتستعمل أخيرًا فيما يؤثر على أفكار القضاة في القضايا فهو مقابل لإظهار وإيضاح .

مادة الدليل : مادة الدليل هي فعل طبيعي مادي يؤخذ منه نتائج قضائية ولا يتعلق بالحق المثبت نفسه لأن الحق في ذاته ثابت موجود ولكن الدليل يظهره ، ويمكن أن يكون الدليل غير مادي كدليل العادة والاستعمال ، وكنص قانون أجنبي فيجب على من ادعى ذلك تقديم الدليل ، وعلى من ادعى أنه دائن إثبات وجود الالتزام من المدين ، وعلى من يدعي براءة ذمته من الالتزام إثبات عدم مشغولية ذمته بأي سبب من أسباب تلاشي الدين .

وسائل الدليل خمسة : الدليل الكتابي ، الشهادة ، القرائن ، الاعتراف ، اليمين .

الدليل الكتابي : وهو كل مكتوب تحرر بين الطرفين وقت تكوين الإشهاد

القانوني لإيجاد وتحديد كل القواعد الحقيقية عند الاختلاف اللاحق .

أولًا : الإشهاد الرسمي : وهو كل مكتوب عمل بمعرفة موظف عام مختص مع العلانية المنصوص عنها قانونًا ، كإشهاد أمام مسجل العقود ، أو إشهاد أمام كاتب الأحوال الشخصية إلخ .

قوة الإشهاد الرسمي الإثباتية : الإشهاد الرسمي حجة فيما تدون فيه حتى يثبت خلافه ، بمعنى أنه لا يعارض إلا إذا أثبت المدعى عليه أن محرر الإشهاد أثبت فيه غير الحقيقة ، ولذلك طريق خاص .

وما تدون في الإشهاد الرسمي ثلاثة أقسام : قسم سمعه ، أو رآه ، أو أتمه الموظف المختص ، وهذا حجة فيه حتى يثبت التزوير ، وذلك تاريخ الإشهاد حضور فلان وفلان أمامه وقت الإشهاد ، أو دفع نقود أمامه من أحد الطرفين .

وقسم أبلغ إليه ممن أخبره ، أو من الشهود فهو حجة حتى يثبت خلافه ، وذلك كساعة ويوم الولادة مثلًا .

وقسم لا قيمة له في الإشهاد ويعتبر كأن لم يكن ، وذلك في أشياء لم يحتمها القانون على الكاتب المختص بل تبرع هو بذكرها ، كذكر أن المشهد في صحة عقلية يمكنه فيها مباشرة أعماله القانونية .

ثانيًا : الأوراق العرفية :

وهي كل محرر بين الطرفين بإمضائهما بلا تدخل الموظف العام . والقاعدة العامة في الأوراق العرفية أنها تتضمن شيئين : الأول إمضاء الطرفين ، والثاني تاريخ التحرير .

ويجب زيادة على هذه القاعدة في العقد الملزم للطرفين ، كالبيع والبدل مثلًا ، أن يحرر صورا من العقد بقدر أفراد التعاقد الذين لهم مصلحة فيه مباشرة ، وأن يذكر في كل صورة عدد الصور المحررة من العقد المذكور ، وذلك ليكون عند كل طرف دليل كتابي يثبت حقوقه قبل الآخرين . وعقاب من يخالف تعداد الصور أنه لا يمكنه استعمال العقد كطريق للإثبات في القضايا ، بل ولا مقدمة للإثبات كدليل كتابي يمكن سماع شهود معه .

ويجب في العقود المدنية الملزمة للطرفين إيداع نسخة في قلم التسجيل في مدة

ثلاثة أشهر من تاريخ العقد ، ومن يخالف يحكم عليه بغرامة 50 فرنكًا على الأقل .

ويجب في العقد الملزم لطرف واحد أن يكون كله محررًا بخط من تعهد فيه متى كان مبلغًا معينًا من المال أو شيئًا له قيمة . ولا بد من ذكر المبلغ أو الشيء الذي تعهد به بالأحرف علاوة على الأرقام ، فإن خولفت هذه القواعد فلا يصلح المحرر كدليل كتابي ، ولكن كابتداء دليل يصح الإثبات معه بشهود .

ويعفى من قاعدة التحرير التجار لسرعة أعمالهم وأصحاب المهن ، والفلاحون ، والجنائينية ، والعمال اليوميون ، والخدم لعدم معرفتهم القراءة ، والكتابة .

قوة إثبات الأوراق العرفية : تكون الأوراق العرفية سندًا ما لم ينكر المدعى عليه توقيعه . فإن أنكر توقيعه فعلى من تمسك بالسند إثبات حقيقة ما كتب بدعوى خاصة . ومتى اعترف المدعى عليه بالأوراق العرفية ، كانت كالأوراق الرسمية في قوة الدلالة .

التاريخ الثابت للأوراق العرفية :

بين الطرفين المتعاقدين تفيد الأوراق العرفية ذات التاريخ الثابت القطع حتى يظهر دليل آخر .

ولا تفيد القطع فيما بين الطرفين والشخص الثالث هذه الأوراق العرفية التي لا تاريخ لها ثابت إلا بأحد أمور ثلاثة :

(1) تسجيل العقد .

(2) موت أحد الموقعين على العقد من طرفيه .

(3) ذكر العقد في إشهاد رسمي . والمراد بالشخص الثالث من تلقى الحق عن الطرفين المتعاقدين بعنوان خاص .

سجل الأعمال التجارية : السجلات التجارية الواجب اتخاذها للأعمال التجارية تفيد القطع فيما تدون فيها بين تاجرين ، متى كانت السجلات منظمة حسب القانون . وفيما بين التاجر وغيره تؤخذ بما لها وما عليها ، بمعنى أن للقاضي أن يوجه اليمين مع وجودها [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1315 إلى 1333 ، في الفصل الأول ، من الباب السادس ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي . الجزء الأول ص 296 – 301 .

بند [2] التشريع الإسلامي

دليل العقود والالتزامات : الدليل هو كل ما قُدِّم من مدعٍ لإثبات دعواه من فعل أو قول أو امتناع أو قرينة ؛ فمن ادعى أن زيدًا أتلف زرعه فدليله الزرع المتلف ومن رآه يتلفه ، ومن ادعى أن زيدًا سبه فدليله إثبات قوله يا زان يا كافر إلخ . فإن عجز المدعي عن الإثبات وطلب يمين خصمه فامتنع عن اليمين فالامتناع دليل المدعي على دعواه الخ . فكل وسيلة مستعملة للدفاع وشأنها إثبات الحق المدعى به فهي دليل .

ومادة الدليل ، وطبيعته غير مادة الحق وطبيعته ، لأن الحق في ذاته موجود بلا وجود دليل عليه . فمن داين آخر بعشرين جنيهًا وأخذ عليه صكًّا به فإن الدين وهو العشرون جنيهًا موجود حتى ولو لم يوجد الصك . فإن اعترف المدين بالدين فلا داعي لتقديم الصك ، وإن أنكر وجب تقديم الدليل ، وهو الصك ، فلا علاقة بين وجود الحق ووجود الدليل إلا أن الدليل مثبت للحق ومظهر له عند الإنكار . وقد يكون الدليل ماديًّا وغير مادي .

فمن ادعى أنه دائن لزيد فعليه إثبات دائنيته ، والتزم المدين . ومن ادعى براءة ذمته من الالتزام فعليه إثبات براءة ذمته بأي سبب ، يعني أنه مقر بالالتزام ، ولكنه دفع بأن الدين تلاشى لأي سبب فعليه إثبات ذلك . ولا يقال : إن هذا إنكار محض ، فلا تقام عليه البينة ؛ لأنه إقرار بالالتزام ، ودفع بعدم قيام الالتزام لوقت الطلب وأن ذمته بريئة منه .

وأقسام الدليل أربعة :

(1) الاعتراف شفويًّا أو تحريريًّا . (2) والشهادة .

(3) وقرائن الأحوال . (4) واليمين نكولًا أو أداء .

والاعتراف يشمل الاعتراف الشفوي ، أو الاعتراف الكتابي . والاعتراف الشفوي إما بمجلس القضاء ، وإما خارجَ مجلس القضاء أمام شهود عدول ، وسيأتي مبحث الاعتراف [1] .

---

(1) يقول ابن فرحون : « اعلم أن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ، وسمى النبي ﷺ الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الإشكال بشهادتهم كوقوع البيان بقول الرسول ﷺ . وقال ابن القيم : « لم تأت البينة في القرآن مراد بها الشهود إنما أتت مرادًا بها الحجة والدليل والبرهان » وقال أحمد بن حنبل : « متى وجدت القرائن التي تقوم مقام البينة عُمل بها » .. تبصرة الحكام جـ 1 ص 202 .

الاعتراف الكتابي : وهو إما في محرر رسمي أمام قاض أو نائبه ، وإما في ورقة عرفية تحررت بين المتعاقدين .

فالإشهاد الرسمي يكون حجة فيما تدون به لما وضع له ، إلا إذا ثبت أن ماَ تَدَوَّن به غير صحيح ، وغير مطابق للواقع ، وذلك بدعوى التزوير فقط لا بإنكار حصوله ، أو بإنكار صدوره عنه . وما تدون في الإشهاد من تاريخ وأفعال رآها القاضي أو نائبه أو أقوال سمعها كذلك ، فهو حجة ، وما شهد به الشهود في الإشهاد الرسمي من تحقيق شخصية ووقوع الفعل أو القول ممن أشهد فهو حجة حتى يثبت خلافه .

والأوراق العرفية : هي المحررة بين الطرفين ، وهي حجة بينهما ما لم ينكرها أحدهما ، ويجوز الاستشهاد على صحة صدروها من الموقع عليها وعلى صحة ما تدون بها . ويجب أن تكون شهادة عدلين على أحد القولين ، ويجوز فيها شاهد ويمين على قول آخر .

ولا بد من حضور الخط عند الشهادة عليه ، ولا بد من معرفته للشهود معرفة تامة .

وتجوز الشهادة من شاهد الصك أن هذا المكتوب صدر عن فلان المدعى عليه ، أو أن ما تضمنه هذا المكتوب صحيحًا متى تَذَكَّر شهادته وتوقيعه ، وإلا فليشهد على توقيعه فقط ولا تنفع المدعي ، وهو أحد قولي الإمام مالك . والقول الثاني : إن عرف الشاهد خطه ولم يذكر الشهادة والأشياء منها وليس في الكتاب محو ولا ريبة ، فليشهد . وبه أخذ عامة أصحاب الإمام مالك « رضي اللّه عنه » ويكفي في الأوراق العرفية توقيع الطرفين وشهود الواقعة ، ولا يشترط تعدد النسخ بقدر عدد المتعاقدين الذين لهم مصلحة مباشرة في ذلك العقد ، ولا يشترط إيداع نسخة بأي محكمة ، ولا إلى أي جهة .

وعلى الجملة كل ما ذكر في الأوراق العرفية لا يتنافي مع النصوص الشرعية من وجوب حفظ مصالح الناس ، فمتى أمر بها ولي الأمر وجب العمل بها .

الأوراق العرفية بالنسبة للشخص الثالث حجة إذا كان تاريخها ثابتًا رسميًّا أمام القاضي أو نائبه ، والأوراق غير الثابتة التاريخ تكون حجة إذا لم ينكرها من نقل إليه الحق ، فإن أنكرها وجب على المتمسك بها إثبات صدورها ممن أصدرها ، ولو ببينة شهود الحادث .

سجل الأعمال التجارية : وهو سجل يرصد فيه التاجر ما خرج من تجارته وما دخل فيها ، والذي يتولى إثبات ذلك إما نفس التاجر ، أو أحد كتابه ، فهو ملك للتاجر صاحب البضاعة ، فلا يصح أن يكون دليلًا على مديونية زيد أو عمر لهذا التاجر بلا توقيع من المدين نفسه لأن معنى تصديق التاجر فيما يدعيه بدفتره هذا أن دعواه صادقة ولو كذبه وأنكر عليه دعواه المدعى عليه ، وهذا مخالف للقواعد العامة المجمع عليها من أن المدعي مطالب بالدليل إذا أنكر المدعى عليه دعواه ، ودفتره هو صانعه . فمهما كان فهو بشر ، وكونه بشرًا يقتضي الطمع وحب المال ، فلا يصح عقلًا أن يؤخذ قوله أو كتابته في دفتره تحت يده حجة يحكم له بها عند الإنكار ، فيجب عليه إثبات دعواه بالبينة عند إنكار المدعى عليه .

أما أن الأعمال التجارية تقتضي السرعة والثقة فلا يبرر الخروج عن أصل أجمع العالم كله على احترامه ، وهو تكليف المدعي بالبينة عند الإنكار ، وخصوصًا في هذا الزمن الذي عمت فيه القراءة والكتابة ، وانتشرت المطابع وأصبح التاجر يمكنه أن يعد صكوكه تحت التوقيع لمن يتعامل لأجل في أقل وقت .

وقد نص المشرع الإسلامي على أحكام دفتر التاجر وهو المسمى (بالبرنامج) ، وهو الدفتر المكتوب فيه أوصاف التجارة المبيعة في عبواتها ، فأباح أن يشتري ثيابًا مربوطة في العدل (العبوة) معتمدًا فيه على الأوصاف المذكورة في الدفتر ، فإن وجدت على الصفة الموضحة لزمت وإلا خير المشتري إن كانت أدنى صفة ، فإن وجدها أقل عددًا وضع عنه من الثمن بقدره ، فإن كان النقص أكثر من النصف لم يلزمه ورد به البيع . فإن وجدها أكثر عددًا كان البائع شريكًا معه بنسبة الزائد وقيل برد ما زاد [1] .

فلو قبضه المشتري وغاب عليه وادعى أنه أدنى أو أنقص مما هو مكتوب في العِدْل (البرنامج) حلف البائع أن ما في العدل موافق للمكتوب ، حيث أنكر ما ادعاه المشتري أي فالقول للبائع بيمينه ، وإلا بأن نكل حلف المشتري ورد البيع ، أو حلف أنه ما بدل فيه وأن هذا هو المبتاع بعينه ، فإن نكل كالبائع لزمه . اهـ .

(1) يقول الدردير عن جواز البيع على رؤية البرنامج : « وعلى رؤية البرنامج بفتح الباء وكسر الميم ، وهو الدفتر المكتوب فيه صفة ما في العِدْل من الثياب المبيعة أي يجوز أن يشتري ثيابا مربوطة في العدل معتمدًا فيه على الأوصاف المذكورة في الدفتر ، فإن وجدت على الصفة لزم وإلا خُير المشتري إن كانت أدنى صفة فإن وجدها أقل عددًا وضع عنه من الثمن بقدره ، فإن كثر النقص أكثر من النصف لم يلزمه ورد البيع ... إلخ . الشرح الصغير جـ 3 ص 11 .

ويفهم من هذا أن دفتر التاجر معتبر كشبه دليل كتابي أو مقدمة دليل كتابي لا دليل قائم بنفسه يصح الاعتماد عليه كحجة ملزمة للمدعى عليه بلا بينة أخرى مضمومة إليه كاليمين مثلًا .

ولا تخيير للقاضي في توجيه اليمين أو عدم توجيهها ، بل يجب توجيه اليمين مع البِرنامِج متى غاب المشتري على ما أخذ ، وإن كان هذا النص جاء في نقص المبيع صفة أو قدرًا ، ولم يأت في الدفتر الذي رصد فيه ثمن المبيع فمن باب أولى لا يكون حجة قطعًا ، لا على تاجر ولا غيره .

بند [3] الاتفاق الخفي [1]

القانون الفرنسي : الاتفاق الخفي محرر سرّي بين الطرفين يبين حقيقة ما اتفقا عليه مخالفًا لاتفاقهما الظاهري . والاتفاق الخفي يفرض أن الاتفاق الظاهري يخفي غشًّا وأن الحقيقة تدونت في ضده الخفي ، فالاتفاق الخفي هو الحقيقة والاتفاق الظاهري غش وتدليس ، ويمكن تصور التصنع في أربعة أشكال :

أولًا : الإشهاد المتصنع عمل خيالي لا وجود له في الحقيقة كبيع يتم بين مدين وشخص ثالث على شيء ، ثم يحرر بين الطرفين اتفاق سري يعترف فيه المشتري أن المبيع باق ملكًا للبائع ، وهذا البيع فقط لتهريب المبيع من الدائنين .

ثانيًا : الإشهاد المتصنع عمل لإخفاء طبيعة الإشهاد الذي عمل كهبة أخفيت تحت ستار عقد نظير مقابل .

ثالثًا : العقد المتصنع عمل لإخفاء المنتفع الحقيقي من العقد خلف شخص موضوع كهبة لعضو من جمعية دينية مراد بها الهبة لنفس الجمعية الدينية .

رابعًا : التصنع يمكن جعله في شروط العقد كجعله في ثمن البيع .

وبالرغم من أن التصنع في العقود يراد به ضرر الغير أو ضرر الخزينة العامة في الرسوم فإنه ليس سببًا في إلغاء العقود ، ويجب العمل بالاتفاق السري بين الطرفين كما اشترطا ، والذي يجب العمل به بين الطرفين هو العقد السري ، ولا يعمل به فيما

---

(1) هذا هو المعروف في الاصطلاح المعاصر بالعقد الصوري ، وهو ما يمكن أن يقارن بما يعرف في الفقه الإسلامي بالتلجئة أو التلجئة .

بين الطرفين والشخص الثالث ، ولكن يجب العمل بالاتفاق الظاهري المتصنع فقط .

ويمكن جعل التصنع في العقد كالغش مع فارق في أن الغش يحصل من أحد الطرفين المتعاقدين على الآخر ، ولكن التصنع يحصل من الطرفين .

ودليل التصنع بين الطرفين هو العقد الخفي ، وبين الشخص الثالث يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات ؛ لأنه ليس في مقدوره الحصول على العقد السري .

والفرق بين دعوى بولين ودعوى إعلان التصنع ما يأتي :

أولًا : في دعوى بولين الدائن يثبت الغش الذي حصل من المدين بخلاف دعوى إظهار التصنع فليس بلازم .

ثانيًا : الدائن السابق على العمل المدعى عليه دعوى بولين هو الذي يجوز له مباشرة الدعوى ، وليس للدائن اللاحق للعمل مباشرة هذه الدعوى ، بخلاف دعوى إظهار التصنع فلكل الدائنين الحق في دعواها .

ثالثًا : دعوى بولين يمكن رفعها حتى ضد الغير حسن النية . ولأن عمل التدليس من الدائن فهو عمل بدون مقابل ، بخلاف دعوى إظهار التصنع فلا ترفع ضد الشخص الثالث حسن النية؛ حيث أن العقد الظاهر هو الذي يسري بينهم .

رابعًا : ليس للدائنين الحق في دعوى بولين ضد قسمة ميراث ، ثم بمعرفة مدينهم حتى ولو كان بالتدليس لحقوقهم ، ولكن يمكن ادعاء أن القسمة في هذه الحالة من قبيل التصنع الذي أضر بحقوقهم .

صور السندات :

هي صورة طبق الأصل كاملة من إشهاد قانوني ناقصة إمضاء الطرفين . وصورة العقود العرفية لا فائدة منها فلا تَدُلُّ على شيء ، وأما صورة الأوراق الرسمية فتفيد اليقين كأصلها ، لكن قوة إثباتها مؤقتة إذ يمكن دائمًا طلب الأصل ، فإن فقد الأصل فصورتها تفيد قوة الإثبات في :

1 - نسخة الحكم الأصلية .

2 - الصور المأخوذة بإذن قضائي وبحضور الطرفين أو أعلنوا قانونًا .

3 - الصور المأخوذة بدون إذن قضائي ولا برضى الطرفين ، ولكن مضى عليها ثلاثون

سنة بمعرفة الموظف العمومي الأمين على حفظها ، وتكون كابتداء سند مكتوب في :

أولًا : الصور المأخوذة من الموظف الأمين عليها التي لم يمض عليها زمن طويل أقل من ثلاثين عاما .

ثانيًا : إذا كانت الصورة المأخوذة سحبها أجنبي من الطرفين أيًا كان التاريخ .

صورة الصورة لا تفيد شيئًا :

إشهاد الإقرار بسند :

وهو عمل يقصد به الاعتراف بحق ثابت بسند ثابت مسمى سندًا ابتدائيًا ، والغرض من ذلك مضاعف :

1 – قطع سقوط الحق بمضي المدة .

2 – استبدال الإشهاد بالسند الابتدائي في حالة الضياع .

قوة الإثبات ، إذا تضمن الإقرار بالسند منطوق السند أفاد الإثبات كالسند الابتدائي متى فقد هذا ، وإذا لم يتضمن منطوق السند بل مضمونه فلا يفيد شيئًا لكن يقطع المدة لسقوط الحق [1] .

بند [4] الاتفاق الخفي

التشريع الإسلامي : وهو اتفاق يخالف ما اتفق عليه الطرفان ظاهرًا ، فالاتفاق الظاهر هو الصحيح بالنسبة للغير ، والخفي هو الصحيح بالنسبة للطرفين [2] ، غير

(1) انظر البنود : من 1334 إلى 1340 ، في الفصل الأول ، من الباب السادس ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 301 – 304 .

(2) يعرف الفقه الإسلامي ما يسمى بالعقود الصورية التي يلجأ فيها المتعاقدان إلى إنشاء اتفاقين ، أحدهما ظاهر والآخر مستتر لتحقيق مصلحتهما أو مصلحة أحدهما . من ذلك أن يتفق شخصان على أن يتبرع أحدهما للآخر بماله أو يبيعه له صوريا على أن يعيد هذا المال إليه عندما يطلب منه ذلك . ويسمى هذا في الفقه الإسلامي بالمواطأة أو التلجئة أو المواضعة ومعنى ذلك أن يتواطأ أو يتظاهر شخصان على إبرام عقد صوري بينهما ، إما بقصد التخلص من اعتداء ظالم على ملكه ، أو على إظهار مقدار بدل أكثر من البدل الحقيقي ابتغاء الشهرة والسمعة ، أو على تغطية اسم الشخص الذي يعمل لمصلحته باطنا (قضية الاسم المستعار) أي إن المواضعة إما أن تكون في أصل العقد أو في مقدار البدل أو في الشخص . (انظر الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبه الزحيلي ، ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، للدكتور محمد سراج ص 212 ، وانظر : بدائع الصنائع 176/5 =

أنه إن تعارض الطرفان في الاتفاقين الظاهر والخفي ينظر للمرجح في كلا الدعويين ومما أثبتها من دليل ، والترجيح معروف في باب الشهادة .

ففي الإشهاد ببيع ظاهر والاعتراف سرًّا أن المبيع باق ملكًا للبائع يجوز للدائنين مهاجمة هذا التصرف ؛ لأنه أضر بمالية مدينهم . ومتى أثبتوا بأي طريق من طرق الإثبات ألغى البيع الظاهري .

وفي الهبة التي أخفيت تحت ستار عقد نظير مقابل يجوز للورثة أو للدائنين إثبات حقيقتها لفسخها والتوريث في التركة أو قضاء الدين [1] .

وفي العقد المتصنع لإخفاء المنتفع الحقيقي من العقد خَلْف شخص موضوع ، فإن أمكن إثباته فيحكم ببطلانه ، وكذلك التصنع في ثمن البيع .

وتبعة التصنع عمود على طرفي العقد لأنهما قد اشتركا في الغش ، والتصنع في العقود أو الغش الواقع من الطرفين ضد الغير ، أو من طرف واحد ضد الغير يصح أن يكون سببًا في الحكم بإبطال تلك العقود متى قام المتضرر منها ، وأثبت حقيقتها حتى ولو بالقرائن .

ومتى ثبت الغش أو التصنع في العقود فقد ثبت أنها على غير حقيقتها ، وقد تحقق ضررها للغير فيجب إزالة الضرر ، وإبطال تلك العقود متى طلب ذلك المتضرر .

صورة العقود : صورة العقود العرفية متى كانت مأخوذة رسمية بمعنى أنه أخذت صورتها من جهة قضائية بإذن منها ، وعليها تحقيق أن هذه صورة طبق أصلها أفادت كأصلها سواء بسواء إلا أن ينكر المدعى عليه الأصل ، فلا تفيد الصورة شيئًا إلا بعد إثبات الأصل .

وأما صور الأوراق الرسمية فهي حجة على ما تدون بها كأصلها ، ويطعن فيها بالتزوير لا بالإنكار .

إشهاد الإقرار : وهو إقرار المدين بحق ثابت في ذمته أمام جهة قضائية ، فإن أفاد المديونية فهو حجة فيما ذكر فيه ولو ضاع السند الأصلي ، فإن كان إقرارًا بلا بيان

= والمادتين 1591 ، 1592 من مجلة الأحكام العدلية ، ونظرية الصورية في التشريع المصري ، دراسة فقهية وقضائية مقارنة للدكتور أحمد مرزوق . طبعة 1958 ص 441 وما بعدها . وقد تناولت المادتان 148 ، 149 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية حكم العقد الصوري ، وبينتا أن العقد الحقيقي هو الذي ينفذ فيما بين المتعاقدين ، لأن للدائنين التمسك بالعقد الصوري المعلن . وهو ما تناولته المادتان 244 ، 245 من القانون المدني المصري والمادتان 147 ، 148 مدني عراقي ، والمادتان 368 ، 369 مدني أردني ، والمادتان 199 ، 200 مدني كويتي .

(1) يقول الدردير : « وللمأذون له في التجارة هبة الثواب من ماله ، والأب من مال محجوره الصغير ، أو السفيه هبة الثواب لا غيرها ، فلا يجوز كما لا يجوز له الإبراء من مال محجوره ، ولا يجوز لوصي ولا حاكم ولا غير مأذون له في هبة ثواب ولا إبراء » الشرح الصغير جـ 2 ص 165 وما بعدها جـ 3 ص 347 ، 338 .

(اعتراف بأني مدين لفلان أو ذمتي مشغولة بدين لفلان ولم يبينه) أفاد المديونية ، وعلى الدائن البيان وإثبات بيانه بالدليل أو بشاهد ويمين [1] .

بند [5] الشهادة من الأدلة

القانون الفرنسي : وهي شهادة شخص شفويًّا أمام المحكمة ، أو أمام قاض منتدب للتحقيق بما سمع ، أو رأى فيما يتعلق بالقضية المنظورة ، ولا شك أن خطر قبول الشهادة إذا لم تكن محدودة يكون عظيمًا لأنه :

أولًا : قد يعرض للذاكرة خطأٌ أو نسيان يجعل مدلول الشهادة غير مؤكد .

ثانيًا : سماع الشهود يمكن أن يكون بحضور الأخصام ، فيضع القاضي في مضايقات كبيرة .

ثالثًا : يمكن لأحد الخصوم إرشاء الشهود ليشهدوا في صالحه .

وكانت التشريعات الأولى تضع الشهادة في الرتبة الأولى نظرًا للجهالة الفاشية وعدم انتشار القراءة والكتابة ، ثم دار الزمن وكثر التعليم فأصبحت الشهادة في المرتبة الثانية والكتابة في الأولى .

تحديد قبول دليل الشهادة (البينة) :

القاعدة أن كل التزام بمبلغ أو بشيء تزيد قيمته عن 150 فرنكًا يجب أن يكون بإشهاد أمام مسجل العقود ، أو بمحرر كتابي بإمضاء عرفي ، وعقاب من يخالف ذلك هو عدم قبول الشهادة فيما زاد عن 150 فرنكًا ، ولتطبيق هذه القاعدة يجب :

أولًا : أن يكون عملًا قضائيًّا ؛ فإن كان عملًا ماديًّا ، أو بسيطًا أمكن إثباته بدليل البينة .

ثانيا : أن يكون مبلغا أزيد من 150 فرنكًا فإن كان أقل سمعت فيه البينة وإلا فلا ، وقد تشدد القانون في تطبيق هذا المبدأ فقضى :

أولًا : فيمن حدد دعواه بمبلغ يزيد عن 150 فرنكًا أنه لا تقبل فيها شهادة الشهود ، ولو أنقصها بعد ذلك إلى 150 فرنكًا .

ثانيًا : فيمن ادعى أن له باقي حساب بذمة المدعى عليه يساوي 150 فرنكًا فأقل

---

(1) يقول الدردير عن الشهادة : « وهي عرفا إخبار عدل حاكما بما علم ، ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه » ، الشرح الصغير جـ 4 ص 31 ، تبصرة الحكام لابن فرحون جـ 1 ص 204 ، 205 .

من أصل يزيد على هذا المبلغ (2000 فرنك) ، أنه لا تقبل منه شهادة الشهود ، إلا إذا كان دليل الدعوى الأصلية كتابيًا .

ثالثًا : إذا ادعي شخص عدة دعاوى متفرقة كل دعوى منها بأقل من 150 فرنكًا ، وبجمعها تزيد عن 150 فرنكا فلا تسمع منه شهادة الشهود ولو تعدد السبب ، إلا إذا اختلف المدينون .

رابعًا : كل الدعاوى المقدمة بمبالغ صغيرة تحت أي عنوان كان ولم يكن دليلها كتابيًا وجب جمعها في جلسة واحدة ، وتكون موضع بحث واحد ثم يطبق عليها القانون .

ويستثنى من هذه القاعدة ثلاثة أشياء تسمع فيها الشهادة في أزيد من 150 فرنكًا .

أولًا : عند وجود ابتداء دليل كتابي صادر عن المدعى عليه .

ثانيًا : متى وجد الدائن في حالة يستحيل معها أدبيًا أو ماديًا الحصول على دليل كتابي ، وذلك في الخطأ المدني ، أو في حالة الودائع الضرورية وقت الحريق ، أو العواصف ، أو في المبيت في اللوكاندات ، أو في حالة فقد سند الالتزامات من الدائن لحالة قهرية .

ثالثًا : في مواد التجارة فتسمع الشهادة كما يتراءى للقضاء .

وهناك أحوال لا تقبل فيها شهادة الشهود ، ولو كان المبلغ المتنازع فيه أقل من 150 فرنكًا ، وذلك في الإيجار والمصالحة والغاروقة .

والخلاف بين الدليل الكتابي والبينة أن البينة لا تسمع ما دام هناك دليل كتابي ، ولا تسمع البينة ضد الدليل الكتابي ولا ضد ما تضمنه ، ولو كان المبلغ أقل من 150 فرنكا [1] .

بند [6] الشهادة

التشريع الإسلامي : هي إخبار عدل حاكمًا بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه [2] .

فالشهادة إحدى البينات وإقامة دليل الشهادة أو تقديم بينة الشهادة في الدعوى إنما يكون عند الإنكار من المدعى عليه . فإن اعترف كتابة أو شفويًّا فلا معنى لتقديم الشهود .

---

(1) انظر : البنود من 1341 إلى 1348 ، في الفصل الثاني ، من الباب السادس ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 304 - 306 .

(2) التعريف الاصطلاحي للشهادة أنها إخبار عدل حاكما بما علم ، ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه ، وللشهادة معان في اللغة هي الاعلام ، والحضور ، والعلم . الشرح الصغير (27/4) .

ولاشك أن تقييد قبول الشهادة فيه خطر عظيم على المعاملات فيجب سماعها مطلقة في القليل والكثير من المال والحوادث والوقائع .

وإذا كان أداء الشهادة كبينة في المواد الجنائية التي قد يحكم فيها بالإعدام للشخص يُسمع ويقضى فيها ، أفلا يكون قبولها من غير تحديد في المعاملات أولى ، وهي لا تعدو الحكم بالمال فتقييدها في المال وإطلاقها في الجنايات ترجيح بلا مرجح بل موجب سماعها بلا قيد في المال ، ووجوب تقييدها في الجنايات ألزم . ولكنه التقليد الأعمى للتشريع الغربي جعل المشرع المصري يقيد الشهادة أيضًا بعشرة جنيهات مصرية بينما أن محكمة الجنايات تحكم بالإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة بمقتضى شهادة الشهود ، وتحكم المحاكم بملكية بعض المنقولات بل وبوضع اليد في العقار بموجب الشهادة وفيها من الخطر ما فيها [1] .

ولو نظرنا إلى ما يجب في شهادة الشاهد ، وما يجب توفره من صفات لنفس الشاهد ، وما يجب على القاضي في سماع الشهادة لوجب أن تطمئن النفوس إطلاقًا لشهادة الشهود .

وأما أن الذاكرة قد يعرض لها خطأ أو نسيان يجعل مدلول الشهادة غير مؤكد فهذا أمر عام في كل شهادة في الشهادة بالمال ، وبما يؤول إلى المال وبالاستحقاق لمنقول مثلًا ، وبوضع اليد وبالجناية والجنحة والمخالفة ، فليس هذا خاصًا بالشهادة على المال فكان الواجب تحديد الشهادة في جميع مواضيعها حتى يظهر لهذه العلة ما يبرر وجودها .

وأما أن سماع الشهود قد يكون بحضور الأخصام فيضايق القاضي فهذا تعليل غريب ؛ لأنه يجب سماع الشهود في حضرة المدعى عليه وفي مواجهته أو وكيله ، وواجب القاضي سماعها كذلك ومناقشته وسماع ملاحظات المدعى عليه على الشهادة ، وتوجيه ما يطلبه المدعى عليه من أسئلة إلى الشهود ، وما يطلبه منهم من إيضاحات ، والقاضي الذي يتضايق من ذلك لا يصح أن يكون قاضيًا وإلا فكيف يستخلص الحق . وأما أنه يمكن لأحد الخصوم إرشاء الشهود ليشهدوا في صالحه فهذا سبب عام أيضًا ، ولو سلمنا بهذا لمنعنا شهادة الشهود إطلاقًا في القليل

---

(1) يلتفت لهذا الانتقاد الموجه لمسلك القانون في تقييد الشهادة في الدعاوى المدنية بعدم الزيادة على مبلغ معين .

والكثير وفي المال وغير المال وهو قلب للنظم البشرية ، بل إهدار للشخصية الإنسانية وحكم عليها بالإفلاس ، وأنه لا يصدَّق الشخص مهما كان عظيمًا ولو ملكًا إذا أخبر القاضي بأنه يشهد أن زيدًا مدين لعمر بمائتي فرنك (في فرنسا) وفي مصر (بعشرين جنيهًا) مثلًا تالله إنها لكبيرة ، وتشريع بغير علم فهو أعرج ليس لمصلحة من شرع لهم .

لهذا كانت الشهادة عامة مطلقة يصح سماعها في قليل وكثير . والواقع أن المشرع في التشريع الإسلامي جعل مواقع الشهادة مختلفة حسب أهميتها كالآتي :

أولًا : اشترط في الشهادة على الزنا واللواط أربعة شهود يرون بأعينهم فعل الزنا كالمرود في المكحلة [1] ، وهذا يكون نادرًا لأن إشاعة الفاحشة جرم كبير [2] فيكون إثباتها له خطورة لما يترتب عليه .

ثانيا : اشترط في الشهادة على ما ليس بمال ، ولا آيل للمال كعتق وولاء وزواج وطلاق ونسب ورجعة ورِدَّة وإحصان وتوكيل بغير مال ، أن يكون الشاهدان عدلين [3] .

ثالثًا : اشترط في الشهادة على المال أو الآيل للمال أن يكون شاهد عدل وامرأتين عدلتين ، أو أحدهما مع يمين كبيع وأجل وخيار وشفعة وإجارة وإيصاء ، أو توكيل في المال ونكاح بعد الوفاة للإرث والصداق [4] .

رابعا : اشترط فيما لا يظهر للرجال امرأتين عدلتين كعيب في فرج واستهلال مولود وحيض وولادة ، وثبت الإرث والنسب بشهادة المرأتين للولد وعليه بلا يمين [5] .

---

(1) يثبت الزنا بالبينة العادلة أربعة رجال يرونه كالمرود في المكحلة في وقت واحد . الشرح الصغير (38/4 ، 39) ، (121/4) .

(2) لقوله تعالي : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ . سورة النور أية 19 .

(3) وما ليس بمال ولا آيل للمال كعتق ، وطلاق ، ونسب ، ورحمة ، وردة ، وإحصان ... عدلان . الشرح الصغير (39/4 ، 40) .

(4) إن كان المشهود به مالا ، أو آيلا لمال فعدل ، وامرأتان عدلتان أو عدل فقط ، أو امرأتان فقط مع يمين كبيع وشراء ، وأجل وخيار ، وشفعة . الشرح الصغير (40/4) .

(5) يقول ابن فرحون عن مراتب الشهادات والحقوق المشهور فيها على أقسام : الأول – أحكام تثبت في البدن =

فتجد أن المشرع الإسلامي إذا نظر إلى مواطن الشهادة ، فأعطى كل موضع ما يحقق الثقة والعدالة فيه من تعدد الشهود وتثنيتها .

ولكي تطمئن النفوس البشرية للشهادة ويترتب عليها أثرها من أحكام في الحقير والعظيم اشترط في الشاهد أن يكون عدلًا .

والعدالة تتحقق في الحر المسلم البالغ العاقل غير الفاسق ولا محجور عليه لسفه ، ولا مرتكب بدعة ، ذي مروءة يترك ما لا يليق من لعب وسفاهة .

وأن يكون الشاهد فطنا جازمًا بما أدى غير متهم في شهادته بأي وجه ؛ ولهذا لا تسمع شهادة الوالد لولده ، ولا العكس ولا الزوج لزوجته ولا العكس ، ولا تقبل شهادة من عدو على عدوه ، ولا شهادة من في عياله ، ولا شهادة رجل حريص على أداء شهادته ، ولا شهادة مدين لدائنه ، ولا من يترك فرضًا ، ولا من يرتكب معصية كبيرة كالزنا وشرب الخمر مثلًا إلخ ما جاء في باب الشهادة [1] .

فقد أحاط المشرع من تقبل شهادته ، ويترتب عليها الحكم بشروط متى تحققت أمكن للمشهود عليه أن يتقبل الشهادة ، وأمكن للقاضي أن يحكم بموجبها ، وأمكن للناس أن يكون بينهم معاملات في قليل وكثير معتمدين على أن الشهادة تكون حقًّا من شهود كهؤلاء؛ لهذا كان تقييد الشهادة في النقد دون غيره نقصًا كبيرًا في التشريع الوضعي ؛ ولهذا إذا كان المشهود عليه عملًا ماديًّا أو بسيطًا أمكن إثباته بالبينة ، ولو زادت قيمته عن القيمة المحددة (150 فرنكًا) ، ولا معنى لعدم تقيد الشهادة في المواد التجارية مع أنها قد تصل إلى آلاف ، وما ذكر من العلل السابقة تتحقق أيضًا في المواد التجارية .

= ليست بمال ، ويطلع عليها الرجال غالبا كالنكاح والطلاق ، وشبه ذلك ، فهذا القسم لا يستحق فيه شيء إلا بشهادة رجلين ، ولا مدخل في شيء من ذلك للنساء . الثاني أحكام تثبت في البدن لا يطلع عليها الرجال غالبًا كالولادة وما أشبهها ... راجع تفصيل ذلك وأنواعه في تبصرة الحكام جـ 1 ص 212 .

قال الدردير : ولما لا يظهر للرجال امرأتان عدلتان كاستهلال لمولود أو عدة وحيض ، وولادة . الشرح الصغير (42/4) .

(1) وشرط العدل أي قبول شهادته أن يكون فطنا لا مغفلا ، جازما في شهادته بما أدى لا شاكًّا ، ولا ظانًّا غير متهم في شهادته بوجه .. فلا يشهد الوالد لزوجة ابنه ، ولزوج ابنته ، ولا الولد لزوجة أبيه ، وزوج أمه فأولى أن الشاهد لا يشهد لزوجته . الشرح الصغير (29/4) .

فالنتيجة المنطقية والعقلية والقانونية تحتم عدم تقييد الشهادة بأي مبلغ كما لم تحددها في أي مادة .

وتقبل الشهادة في الإيجار والمصالحة والغاروقة متى كان ذلك على الوجه الشرعي . وبما أن الإقرار مقدم على البينة فلا تسمع البينة مع الإقرار . والكتابة نوع من الإقرار ، وبما أن المدعى عليه مقر بما جاء بالوثيقة فلا نسمع شهوده حتى ولو ادعى أن ما في الوثيقة غير صحيح ، إلا إذا أثبت تزويرها فتبطل إطلاقًا ، فحينئذ تسمع البينة (الشهود) [1] .

بند [7] قرائن الأحوال

القانون الفرنسي : قرائن الأحوال هي الأقيسة التي بها يطبق القانون ، أو القضاة عملًا معروفًا على عمل غير معروف . ويوجد حالتان لقرائن الأحوال القياسية ، الأولى : قرائن الأحوال القانونية . والثانية : قرائن الأحوال الفعلية (بفعل الرجل) .

قرائن الأحوال القانونية : وهي القرائن المقدرة بالقانون ، ونتيجتها أنها تعفي من كانت لصالحه من تقديم أي دليل وذلك :

1 - قرائن الأحوال في الأبوة المرتبطة بالزواج لجانب زوج الأم .

2 - قرائن الأحوال المفهومة من إعطاء المدين سند الدين الذي يفيد براءة ذمته .

3 - قرائن الأحوال المفهومة من قوة الشيء المحكوم فيه المفيد أن الحقيقة في الحكم .

قوة قرائن الأحوال في الإثبات :

ليست قوة قرائن الأحوال واحدة في الإثبات ، ولكن منها ما لا يعارض ولا يقبل أي دليل آخر ، وهو :

أولًا : حينما تكون نتيجة قرائن الأحوال لرفض دعوى أمام القضاء ، وهي قرائن الشيء المقضي فيه .

---

(1) يقول الدردير فيمن لا تقبل شهادتهم : « ولا شهادة لمتأكدة القرب لاتهامه بجر النفع لقريبه ، كوالدٍ لولده ، وإن علا ، وولدٍ لوالده وإن سفل ، كابن الابن أو البنت » الشرح الصغير جـ 4 ص 33 وبداية المجتهد جـ 2 ص 465 .

ثانيًا : حينما تكون نتيجة قرائن الأحوال لإلغاء أي عمل قانوني ، كمنع الأشخاص قانونًا من الهبات التي عملت من غير أهل التصرف .

وفي غير هاتين الحالتين يجوز إقامة الدليل ضد قرائن الأحوال .

قوة الشيء المحكوم فيه :

الشيء المقضي فيه مفروض فيه أنه مطابق للحقيقة ؛ فالنتيجة العملية لهذا هي أنه لا يمكن وضع أي نقطة من هذا الحكم لاحقًا ولا فعلًا موضع البحث مرة أخرى ، ما دام ذلك كان مادة للحكم النهائي ، وذلك بشروط ثلاثة :

الأول : اتحاد الأشخاص ، وهي في الحقيقة في القضايا المدنية قوة خاصة لا عامة ، فلا تكون إلا بين طرفي الخصومة في الحكم ، وكل ما قيل في العقد بالنسبة للطرفين ، وبالنسبة لهما وللشخص الثالث يجب أن يطبق هنا .

الثاني : اتحاد مادة الحكم ، بمعنى أن النزاع مثلًا كان في إثبات ملكية عقار رفضت دعواه ، فلا يمنع دعواه ثانيًا من أنه يستحق الانتفاع بالريع لتغير مادة الدعوى .

الثالث : اتحاد السبب ، وهو عمل قانوني أو مادي يستعمل أساسًا لحق مُدّعًى به ، فمن ادعى ملكية عقار لأنه اشتراه ، ثم رفضت دعواه لعدم إمكانه إثبات شرائه فله الحق في إعادة رفع دعوى الملكية لأنه موهوب له ، أو لأي سبب آخر .

قرائن الأحوال الفعلية : وهي المتروكة إلى ذكاء وفطنة القضاء ، ولا تقبل هذه القرائن الفعلية إلا بشرطين :

الأول : يجب أن تكون شهادة الشهود مقبولة في النزاع الذي تقبل فيه القرائن الفعلية .

الثاني : أن تكون قرائن الأحوال الفعلية جسيمة صريحة مطابقة [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1349 إلى 1353 في الفصل الثالث ، من الباب السادس ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ، ص 306 ، 308 .

بند [8] قرائن الأحوال

التشريع الإسلامي :

قرائن الأحوال : هي ما تؤخذ من حوادث محيطة بظروف قضية لا دليل فيها قاطع ، ويمكن الحكم كقضية يوسف مع امرأة العزيز ، فقد اتهمته أنه أراد بها سوءًا وليس معها دليل ، ويوسف أنكر وقال : هي راودتني عن نفسي ، ولا دليل عنده على أنها هي التي أرادته ولا حيلة له إلا أن امتنع وولى هاربًا ، فأنطق اللّه طفلًا في المهد فشهد بقرائن الأحوال القاطعة في الدعوى فقال : ﴿ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّـٰدِقِينَ ﴾ (1) ؛ لأن تمزيق الثوب من الخلف دليل على هروبه ، وأنها هي التي تريده فلما فر منها جذبته من ثوبه من الخلف فمزقته . ﴿ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَـٰذِبِينَ ﴾ (2) ؛ لأنه إن كان يريدها فمانعته ودافعته ، وهو مقبل عليها فمسكت ثيابه فتمزقت من الدفع عن نفسها . ﴿ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيْدِكُنَّ ﴾ (3) ، فثبت أنها هي المعتدية وهي التي كانت تريده ، وهو يفر منها فكان هذا قرينة قاطعة على براءة يوسف ، ولم يقمها يوسف بل أخذت من ظروف الدعوى وفعل المتداعيين (4) .

وكقصة إخوة يوسف حينما لطخوا ثوبه بدم مدعين أن الذئب أكله ، فلما رأى يعقوب ثوب ولده ﴿ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ ﴾ (5) فحكم بأن الدم ليس دم يوسف وأن الواقعة المدعاة مكذوبة أخذًا من وقائع الحادث وقرائن الأحوال ؛ لأن الذئب لو كان أكله لمزق ثيابه بأنيابه بلا نزاع ، ولكن الثوب الذي حمل ليعقوب كان سليمًا حتى من الخروق فكان طبيعيًا الحكم الذي حكم به حيث قال : ﴿ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنفُسُكُمْ أَمْرًا ﴾ أي ولم يأكله الذئب ؛ وأن هذا ليس دم يوسف .

---

(1) سورة يوسف : 27 . (2) سورة يوسف : 26 .

(3) سورة يوسف : 28 .

(4) يقول ابن فرحون : « متى وجدت القرائن التي تقوم مقام البينة عمل بها ، وقد ورد في القرآن الكريم في قَدِّ قميص يوسف ، وإقامة ذلك مقام الشهود » تبصرة الحكام جـ 1 ص 202 .

(5) سورة يوسف : 18 .

وأما الأقيسة التي يطبق القانون أو القضاة عملًا معروفًا على عمل غير معروف ، فلا يكون في قضايا يدعيها الخصم على خصمه لطلب الحكم بحق يدعيه ، وإنما القياس يكون في تقرير حكم شرعي من حل ، أو حرمة في أمر لم يكن فيه نص من كتاب أو سنة .

ومن القواعد المقررة أنها لا تقاس القضايا ؛ ولا الأحكام في القضايا [1] لأن لكل قضية ظروفًا وملابسات غير القضية الأخرى ، فلا تدخل قرائن الأحوال القياسية في قرائن الأحوال التي تستخلص من ظروف الحادثة ، فيرتب عليها الحكم. ولا شك أن ما يسمى قرائن الأحوال القياسية هي غير مرادة في إثبات حق ، وإنما هي في أصل التشريع لإثبات حكم ، وهي قواعد التشريع الإسلامي .

وأما الحكم بالأبوة لزوج الأم صاحب الفراش ، فهو بقرينة غير قاطعة لا يصح الاستناد عليها لتفيد القطع واليقين ، وإنما هي من قبيل الظن الذي ينى عليه نظام المجتمع البشري فلعدم تشعب الادعاءات وفتح أبواب الشك في الأنساب ، وتقويض النظم الاجتماعية اتفق العالم أجمع على أن (الولد للفراش وللعاهر الحجر) ، فقد جمع في ذلك بين معاشرة الزوجين ليلًا ونهارًا ، وبين أمانة الزوجة المفروضة وبين قيام الزوجية ، ولكن في الحقيقة العقلية نسب الولد الحقيقي في ذمة أمه وهي تعلم سره وحدها وسبحان عَلام الغُيوب [2] .

وأما إعطاء سند الدين للمدين فلا يفيد القطع إلا إذا كان مكتوبًا عليه بالوفاء ، لجواز أن يدعي الدائن أن السند سرق منه أو سقط ، كوجود الرهن عند المدين فلا يكون قرينة قاطعة على الوفاء ، وفي ذلك خلاف سبق .

وأما قوة الشيء المحكوم فيه ، فليس فيه من قرائن الأحوال شيء ، وإنما ذلك قطعًا لخصومة لو استرسلت لأدت لارتباكات ولعدم استقرار في نظم البشرية ، فكان عدلًا أن كل موضوع نزاع طرح بين يدي القضاء للفصل في خصومته متى

---

(1) قاعدة : لا تقاس القضايا ولا الأحكام في القضايا .

(2) يقول ابن عبد البر : « ولما اتفقوا أن الزوج لغيابه ينتفي عنه الولد إن نفاه كان كذلك برفع عصمة النكاح » . الاستذكار جـ 7 ص 227 ، والحديث المشهور الولد للفراش ، وللعاهر الحجر معروف مشهور في كتب السنة . الكافي ص 290 .

فصل فيه فقد استقر على هذا الأساس المقضي فيه .

وإني أرى أنه قد تأتي قرائن الأحوال كدليل أصلي ، كمن ادعى دعوى ولم يقدم عليها دليلًا ، وكانت الدعوى محاطة بقرائن يصح الاعتماد عليها في الحكم، وترتاح إليها النفس ،كمن أودع مبلغًا عند زيد سرًّا ، ولم يشهد على الإيداع ، ثم جاء يطلب رد الوديعة فأنكر المودَع عنده ، فادعى المودع أن المودَع عنده اشترى بها دارًا ، أو منقولا ما كان في مكنته مشتراه قبل الوَديعة فبحث القاضي ذلك فعلم صحته فسأل القاضي المودَع عنده ليبين مصدر هذا المال ، فلم يبين سببًا معقولًا فسأل البائع للمودع عنده ، فبين تاريخ المشتري بعد الإيداع بأيام مثلًا ، وكان الثمن كذا ذهبًا أو فضة وهو نفس الوديعة ، فهذه كلها قرائن قد يصح الحكم بها متى اقتنع القاضي .

وقد تأتي قرائن الأحوال نافية للدعوى ، كمن ادعت أن زيدًا أحبلها وأقامت الدليل على معاشرته لها معاشرة الأزواج ، ولكنه تبين من قرائن الأحوال أن المدعى عليه عنين لا يقدر على الفعل إطلاقًا ، بل وفي حالة ارتخاء تامة ، أو قطعت خصيته اليسرى ، فلا شك أن هذه قرائن قاطعة على وجوب رفض دعوى الحمل .

ولا تعارض قرائن الأحوال بدليل آخر ؛ لأنها استنتاج من القاضي يستخلصها لتبرير حكم قد يعوزه الدليل ، أو لتبرير حكم دليله لا يصلح للجزم مع وجود هذه القرائن ، فلا تقام قرائن الأحوال من المدعي كدليل ، إلا إذا اقتنع بها القاضي أنها منتجة ، ويصح الاعتماد عليها في الحكم .

ومرتبة قرائن الأحوال في الدعاوى بعد الإقرار والشهادة وقبل اليمين . وقد تكون مصاحبة للإقرار ، أو الشهادة مؤيِّدة ، أو نافية لهما أو لأحدهما .

فإذا كانت قرائن الأحوال دليلًا قائمًا بذاته جاز للخصم إقامة الدليل ضدها ، فإن كانت مؤيدة ، فهي تبع للدليل ، وإن كانت نافية ، فهي دليل بنفسها [1] .

---

(1) تجدر الإشارة إلى كتاب ابن القيم : الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، وهو الكتاب الذي ناقش فيه ابن القيم كثيرا من طرق الإثبات التي تزيد عن العشرين طريقًا والتي يندرج كثير منها تحت عنوان القرائن ، مما يؤيد ما ذكره المؤلف من اعتراف الفقه الإسلامي بالقرائن في الإثبات لحقوق .

الشيء المحكوم فيه :

النزاع : اختلاف وجهات النظر بين المتخاصمين في فعل أو قول كل منهما يدعي صواب عمله أو فعله ، أو يعتدي أحدهما على الآخر فيلجأ المظلوم لعدالة الهيئة الاجتماعية الممثلة في قوانينها الموضوعة ، وإلى رجال العدل الذين يطبقون القانون .

ومتى نظر القاضي وطبق قانونه على هذا الخلاف ، فقد أظهر أن أحد الخصمين على حق فيما يدعيه ، والثاني على باطل ، فيجب أن يقف دولاب الخصومة في نفس هذا الموضوع نهائيًا ، وإلا كان القانون غير محترم ، والقاضي غير مسموع الحكم من رعية للقانون لا تخضع إليه ، وبقي الناس في خصومة مستمرة لا تقف في زمان ولا مكان ، وهو فساد اتفق العالم فيما بينهم على أنه لا يصح أن يكون . فمتى حكم القاضي وأصبح حكمه نهائيًا ، وجب أن يجوز قوة الشيء المحكوم فلا يطرح نفس الموضوع بين طرفي الخصومة مرة أخرى بين يدي القضاء . والشرط في ذلك مفهوم وواضح الدلالة ، وهو اتحاد المدعي والمدعى عليه في الخصومة الثانية والأولى ، واتحاد ذات موضوع الخصومة ، واتحاد سبب الحق في الدعوى .

ولا يشترط في قبول قرائن الأحوال أن تكون شهادة الشهود مقبولة في الدعوى . وقد سبق أن تحديد قبول الشهادة غير مقبول في التشريع الإسلامي ، فتقبل قرائن الأحوال كدليل في كل دعوى .

ويشترط في قرائن الأحوال المأخوذة كدليل أن تكون واضحة الدلالة لا تخفى على أوساط العقلاء ، وأن تكون مطابقة لما كانت دليلًا عليه ، وأن تكون مفيدة لغلبة الظن وأن لا تكون معارضة بدليل قاطع [1] .

بند [9] الإقرار

القانون الفرنسي : الإقرار هو اعتراف شخص بصحة ما يدعيه شخص آخر .

يوجد نوعان من الإقرار : إقرار قضائي رسمي ، وإقرار غير رسمي . فالإقرار الرسمي يشترط لوجوده شرطان :

---

(1) راجع : تبصرة الحكام لابن فرحون جـ 1 ص 202 ، وما بعدها وراجع باب الحكم بالقرائن .

أولًا : يجب أن يكون الاعتراف في مدة سير القضية .

ثانيًا : يجب أن يكون الاعتراف حصل أمام المحكمة .

والاعتراف يمكن أن يكون من طرق الإثبات ، ولو كانت الخصومة مما لا تسمع فيها شهادة الشهود . ومع ذلك فلا يكون الاعتراف حجة فيما يمس الصالح العام ، فلا يؤخذ بالإقرار وحده في قضايا الطلاق ، أو التفريق الجسماني بل يجب أن يكون مع غيره .

قوة الاعتراف الإثباتية : الاعتراف الرسمي حجة لا تقبل النقض على المعترف ، وهو حجة كاملة في الإثبات لا يحتاج لغيره .

والاعتراف الرسمي له مميزات أساسية وهي :

(1) أنه غير قابل للتجزئة ، بمعنى أن الاعتراف المركب يؤخذ في الاستدلال كله بدون تجزئة أو حذف أي جزء منه .

(2) غير قابل للرجوع فيه بمعنى أن المقر ليس له الرجوع في إقراره؛ لأنه تعلق به حق الغير إلا إذا أثبت المقر أنه أخطأ خطأ ماديًا فله إصلاح إقراره بما يطابق الواقع، وليس له ادعاء الخطأ في الإقرار بالحق أيًا كان ، خصوصًا فيما يتعلق بالنتائج القضائية المترتبة على الإقرار .

والإقرار غير الرسمي : هو ما حصل خارجًا عن القضية أو عن المحكمة . وهذا الاعتراف لا يفيد في الإثبات إلا في القضايا التي يقبل فيها شهادة الشهود ، وهو لا قوة له في الإثبات وحده وهو فقط كقرينة فعل [1] .

بند [10] التشريع الإسلامى

الإقرار : الإقرار هو الاعتراف بما يوجب حقًّا أو التزامًا على قائله [2] .

ويشترط لصحة الإقرار :

أولًا : كون المقر مكلفًا ، فلا يصح الإقرار من الصبي ، ولا من المجنون ، ولا من

---

(1) انظر : البنود من 1354 إلى 1356 ، في الفصل الرابع ، من الباب السادس ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي . الجزء الأول 308 إلى 309 .

(2) الإقرار هو الاعتراف بما يوجب حقا على قائله بشرطه . الشرح الصغير (212/3) .

المكره ، ولا من السفيه على تفصيل في الحقوق وفي الجنايات (باب الإقرار) .

ثانيًا : أن يكون غير محجور عليه في المعاملات ، ولا سفيهًا متروكًا على قول الإمام مالك . وقال ابن القاسم [1] : السفيه المهمل والمحجور عليه سواء في عدم المؤاخذة بالإقرار في المعاملات [2] .

ثالثًا : أن يكون غير متهم كالمريض فيما يتهم عليه ، كابنه البار وزوجته المحبوبة ، والصحيح المفلس بالنسبة لما أفلس فيه .

رابعًا : كون المقر أهلًا للإقرار ولو باعتبار المآل ، أو الحال كحمل ، أو كمسجد .

خامسًا : كون المقر له لم يكذب المقر في إقراره . والتكذيب يكون من بالغ رشيد ؛ فإذا أقر مكلف غير محجور وغير متهم لمن هو أهل للإقرار ولم يكذبه المقر له أخذ بإقراره وعومل به [3] .

والإقرار الرسمي وهو ما كان أمام قاض ، أو أمام موظف مختص بسماع الإشهادات المتنوعة من إقرارات وغيرها .

والاعتراف أول الحجج في التقاضي . فمتى سئل المدعى عليه عن الدعوى وأجاب بالاعتراف بها وجب على القاضي الحكم ، متى كان الاعتراف مستوفيًا شروطه ، ومطابقًا للدعوى ، فلا يحتاج معه لإثبات آخر .

والاعتراف حجة كاملة ما دام صادرًا ممن يصح الاعتراف منه شرعًا ، ويكون

---

(1) هو عبد الرحمن بن القاسم ، عالم الديار المصرية ومفتيها ، أبو عبد اللّه العتقي ، صاحب الإمام مالك روى عن مالك ، وعبد الرحمن بن شريح .. وغيرهما . روى عنه : أصبغ والحارث بن مسكين .. وغيرهما . وكان ذا مال ودنيا ، فأنفقها في العلم ، وقيل : كان يمتنع من جوائز السلطان ، قال النسائي : ثقة مأمون . وتوفي سنة 191 هـ .

ترجمته :

- الذهبي في الكاشف (160/2) .
- الذهبي في تذكرة الحفاظ (356/1) .
- الذهبي في الأعلام (73/8) .

(2) قاعدة : السفيه المهمل والمحجور عليه سواء في عدم المؤاخذة بالإقرار في المعاملات .

(3) انظر شروط الإقرار في الشرح الصغير (212/3) .

مقبولًا في الحقوق والالتزامات ، كما يكون مقبولًا في الحدود والجنايات فيؤخذ بالإقرار في قضايا الطلاق ، وفي قضايا الزنا ، وفي القتل إلخ ، ويترتب على الإقرار بها قيام الحد على المقر ، أو إلزامه بما اعترف به في الالتزامات والاعتراف من حيث هو رسميًا أو عرفيًا حجة كاملة ، أما الرسمي فلا طعن عليه إلا بالتزوير ، وأما العرفيّ فبالاعتراف به ، أو بإقامة البينة على حصوله ، فلا يحتاج لبينة أخرى معه .

والاعتراف وحدة لا يتجزأ ؛ فيؤخذ بما له وما عليه . ولا يصح الرجوع فيه إلا إذا كان الواقع يكذبه . كمن اعترف أن زيدًا ولده وكان زيدٌ مجهول النسب مثلًا ، ثم عاد المقر في إقرار وقال : إنني مخطئ لأن زيدًا لا يولد لمثلي ؛ لأني وهو متعادلان سنًّا قُبل رجوعه . ومن اعترف بمديونيته لزيد ثم تبين أنه مخطئ ؛ لأنه وجد مخالصة بمديونيته من زيد فيقبل رجوعه .

ويقبل الإقرار العرفي في كل القضايا ؛ لأنه لا تحديد في التشريع الإسلامي على قبول الشهادة ، وله قوة الإثبات متى ثبت أنه حصل من المقر [1] .

بند [11] اليمين

القانون الفرنساوي : هو الاعتراف العلني لعمل أمام محكمة في سير قضية مع اتخاذ اللّه شهيدًا على صحة ما ذكر . وقد اختار القانون نوعين من أنواع اليمين : اليمين الحاسمة ، واليمين المكملة . فاليمين الحاسمة هي : أن يحلف طرف بناء على طلب خصمه ، وسميت الحاسمة ؛ لأنها تقرر مصير الخصومة . ونتيجة اليمين الحاسمة إلزام المحكمة بالحكم حسب نص اليمين . واليمين المكملة هي : ما وجهتها المحكمة بعنوان إتمام البحث [2] .

---

(1) يقول الدردير : « الإقرار هو الاعتراف بما يوجب حقا على قائله بشرطه .. يؤخذ من مكلف لا من صبي ولا مجنون ولا مكره غير محجور عليه ، وكذا سكران في المعاملات .. ، والمكاتب والسفيه المهمل على قول مالك » . الشرح الصغير جـ 3ص 212 .

(2) انظر : البنود من 1357 إلى 1369 ، في الفصل الخامس ، من الباب السادس ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 309 – 311 .

بند [12] التشريع الإسلامي

اليمين : وهو الحلف بالله العظيم على أحقية الحالف بشيء متنازع فيه ، أو الحلف على عدم أحقية المدعي فيما ادعاه على الحالف . فمن ادعى ألفًا على زيد ولم يكن عنده حجة قاطعة تفيد الجزم بالحق المدعى به ، وأنكر الخَصْم الدعوى فطلب المدعي من المدعى عليه ، وهو زيد ، اليمين فحلف زيد أنك أيها المدعي لا تستحق عندي شيئًا ، وليست ذمتي مشغولة بشيء لك ، فإن قال المدعى عليه للمدعي حين طلب منه اليمين على نفي دعواه : احلف أنت أنك تستحق هذا المبلغ عندي فحلف ، فبمجرد حلف اليمين من المدعى عليه ، أو حلفه من المدعي عند رد اليمين عليه استحق المبلغ المتنازع فيه عند يمين الإثبات ، ورفضت الدعوى عند النفي .

فإن نكل المدعى عليه عن اليمين قائلًا لا أحلف ، أو نكل المدعي حينما رُدَّت عليه اليمين فيحكم بالمبلغ في الأولى ، وترفض الدعوى في الثانية .

واليمين قسمان : يمين حاسمة ، ويمين استظهار و استيثاق . فالأولى : ما يترتب عليها الفصل في الدعوى ، كالأمثلة السابقة ، ولا يعرضها القاضي من نفسه ، بل بطلب المدعي أو المدعى عليه ويمين الاستظهار ما كانت للتوثق من صحة الدعوى ، كمن يدعي حقًّا في تركة على متوفى .

فمتى أثبت أن المتوفَّى مدينٌ حقيقة طلب القاضي من المدعي يمين الاستظهار أن المتوفَّى ذمته مشغولة بهذا الحق المدعى به ، وأنه لم يستوفه منه حال حياته ، ولم يبرئه منه ولم يدفعه له عند أحد ثم يحكم له بما يريده ، فهذه يمين مكملة للإثبات .

فإن نكل المدعى عليه حيث توجهت اليمين عليه في مال ، وما يؤول إليه كخيار وأجل ، استحقها الطالب بالنكول وباليمين معًا ، بأن يحلف الطالب بعد نكول المطلوب أن لي عنده كذا إن حقق على المدعى عليه الدعوى ، وإلا يحقق الدعوى على المدعى عليه بأن كانت دعوته عليه دعوى اتهام فبمجرد نكول المدعى عليه يستحق الطالب ما ادعاه ؛ لأن دعوى الاتهام لا ترد على المدعي ، ويجب على القاضي أن يقول للمدعى عليه في دعوى التحقيق : إن نكلت عن اليمين حلف المدعي واستحق ما ادعاه ، وفي دعوى الاتهام إن نكلت على اليمين استحق المدعي ما ادعاه عليك بمجرد نكولك . وهذا البيان شرط في صحة الحكم

كالإعذار في البينة .

ولا يمكن الناكل من اليمين بعد نكوله صراحة بأن قال لا أحلف ، أو قال لخصمه : احلف أنت وخذ ما تدعيه ، ثم قال بعد ذلك : أحلف أنا فلا يجاب لطلبه ، فإن سكت زمنًا من غير إظهار نكول فله الحلف .

وبعد اليمين أو النكول عنها يجب على القاضي الحكم بما ترتب على الحلف أو على النكول [1] .

---

(1) يقول الدردير : « وتزكيتها بيمين القضاء من المدعي أن حقه هذا ثابت على المدعى عليه ، وأنه ما أبرأه به ، ويمين القضاء واجبة لا يتم الحكم إلا بها على المذهب » الشرح الصغير جـ 4 ص 23 ، 28 بداية المجتهد جـ 2 ص 446 ، 467 .

بند [13]

الكتاب الثاني

الضمان الشخصي والضمان الحقيقي

القانون الفرنسي : الخطر الذي يتهدد الدائن أن مدينه يكون معرضًا لعدم إمكانه الدفع أو لتحمله بدين آخر ، والطريق التي تحمي هذا الدائن من هذه الاحتمالات أن يطلب من مدينه حمايته بضمان شخصي أو حقيقي .

فالضمان الشخصي هو أن ينضم شخص آخر إلى المدين في الوفاء بتعهده ، وهذا الضمان مرجعه ثقة الدائن بهذا الضمان الشخصي .

ويوجد ثلاث أشكال للضمان الشخصي : التضامن ، الكفالة ، وكفالة مع التضامن .

والضمان الحقيقي : يتكون من وضع شيء مادي محدود نظير دفع الدين ، فثقة الدائن ترتكز على شيء واحد وهو قيمة الشيء المخصص لضمان تنفيذ تعهدات المدين . والضمان الحقيقي هو الرهن ، الغاروقة ، حق إمساك العين لاستيفاء الثمن ، حق الامتياز على العين المبيعة ، الرهن العقاري . وفي الضمان الحقيقي يكون للدائن حق التفصيل الذي يحميه من مشاركة الدائنين ، ويكون له حق متابعة العين الموضوعة ضمانًا لدينه مهما تغير وضعها أو مالكها .

ويفضل الضمان الحقيقي على الضمان الشخصي ، كما يفضل الحق العيني على الحق الشخصي ؛ لأن ما يمكن أن يقدر من الخسارة في الضمان الحقيقي هو نقص القيمة ، أو ذهاب العين الضامنة بسبب قهري .

وأما الضمان الشخصي فهو معرض دائمًا للإفلاس أو لعدم القدرة على الدفع .

الضمان البسيط :

الضمان عقد به يتعهد شخص بضمان دين لشخص آخر ، مع تعهده بتنفيذ الالتزام الذي تعهد المدين إذا لم ينفذه هو نفسه .

وهذا العقد يشمل ثلاثة أشخاص : المدين الأصلي ، والدائن ، والضامن .

أولًا : الصفات القانونية لعقد الضمان :

عقد الضمان عقد عادي لا يشترط فيه شكل خاص ولا شرط خاص ، وهو التزام من

جانب واحد ، وهو ضمان المدين إلى الدائن ، وهو عقد بدون مقابل ، وهو عقد تابع لعقد الدين ، فيلزم وجود عقد الدين أولا؛ لأن الضامن يأخذ مكان المدين في المسؤلية .

وينتج من كونه عقدًا تبعيًا ما يأتي :

أولًا – إذا كان عقد الدين المضمون باطلًا كان عقد الضمان باطلًا تبعًا له ، كالسبب الكاذب ، أو عدم وجود السبب ، أو السبب غير القانوني ، غير أنه يمكن ضمان عقد الدين القابل للإلغاء لقصر المدين ، كما يجوز ضمان الحق الطبيعي ؛ فإذا لم ينفذ المدين اختياريًا جاز للدائن إجبار الضامن على التنفيذ بدون جبر على المدين الأصلي .

ثانيًا – حدود تعهد الضامن ، لا يلزم الضامن بأزيد مما يجب على المدين الأصلي ، ولا يكون ملزمًا بشروط أزيد منه .

ثالثًا – قطع المدة لسقوط الحق بمضي المدة : ينتفع بها المدين الأصلي ، كما ينتفع بها الضامن .

رابعًا : كل ما يمحو الدين الأصلى عن المدين ينتفع به الضامن فيمحو عنه أيضًا .

مأخذ الضمان :

للضمان ثلاثة مآخذ : الاتفاق بين الدائن ومدينه على تقديم ضامن ، والقانون ، وحكم المحكمة . **فالاتفاق** : هو تعهد المدين بإحضار ضامن له في دينه .

والضمان القانوني : هو ما حكم القانون فيه على المدين بإحضار ضامن وذلك في مواضع :

1 – الأجنبي الذي يعلن فرنسيًا أمام محكمة فرنسية عليه الضمان .

2 – الإذن بوضع اليد مؤقتًا على أملاك غائب فعلى واضع اليد الضمان .

3 – المنتفع والمستعمل عليهما تقديم الضمان .

4 – الوارث الذي قبل الميراث بشرط حصر التركة والديون ، فمنفعته بعد حصر التركة ومعرفة الدين ، إذا طلب الدائنون ذلك .

5 – الدائن الراهن الذي يريد المزايدة .

والضمان القضائي : هو ما صدر به حكم قضائي وذلك في موضعين :

الأول : في حالة إذن المحكمة بنفاذ الحكم مؤقتًا ولو مع الاستئناف ، وفي بعض الأحوال يكون التنفيذ المؤقت خاضعًا للضمان .

الثاني : الإفراج عن متهم مؤقتًا بشرط الضمان .

الشروط الواجب تحققها في الضامن :

متى تعهد المدين بتقديم ضامن فلا تبرأ ذمته من ذلك إلا بإحضار شخص تتوفر فيه شروط ثلاثة :

الأول : أن يكون أهلًا للالتزام ليكون التزام الضمان صحيحًا .

ثانيًا : أن يكون الضامن مقيمًا تبع الدائرة الإدارية لمحكمة الاستئناف التي يجب أن يكون فيها الضمان لتسهيل مقاضاته .

ثالثًا : أن يكون الضامن مقتدرًا يمكنه القيام بما تعهد به من الضمان .

شروط وجود وصحة الضمان :

شروط الصحة وشروط الوجود هي التي اشْتُرِطت لصحة العقد ولوجوده ، فيشترط لوجوده :

أولًا : قبول الطرفين الدائن والضامن .

ثانيًا : كون مادة التعاقد قانونية . **ثالثًا** : كون سبب التعاقد قانونيًا .

وشروط الصحة :

(1) عدم نقص في إرادة المتعاقدين .

(2) أهلية التعاقد في الضامن [1] .

بند [14] الضمان الشخصي والضمان الحقيقي

التشريع الإسلامي : الدائن حين يعامل المدين قبل المديونية يعتمد على الثقة في ذمة هذا الشخص ، وعلى أمانته فيعطيه دينًا لاعتقاده الوفاء ، وقد يكون الشخص أمينًا ولكن يرى من يتعامل معه أن الأمانة قد لا تكفي في معاملته للغد ، فيتعامل معه معتمدًا أيضًا على أملاكه الثابتة والمنقولة وعلى أنه لا يضايقه بدائنين آخرين ، ولكن هذا لا يكفي لا الذمة ولا المال ؛ لأن الذمة أصبح الوفاء بها نادرًا وأصبح الاعتماد على مال المدين المشاع بين كل دائن ، والذي قد يكون عرضة للتفليس فيرى الدائن أن يتوثق من مدينه في الوفاء بدينه فيطلب منه ضامنًا شخصيًا أو لا يكتفي بهذا ، ويرى أنه أيضًا عرضة للإفلاس أو المماطلة في الدفع فيقاضيه إلخ

---

(1) انظر : البنود من 2011 إلى 2020 ، في الباب الأول ، من الكتاب الرابع عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 139 – 141 .

فيطلب ضمانًا حقيقيًا وهو الرهن [1] .

فالضمان الشخصي ضم ذمة إلى أخرى في الطلب [2] ، أو التزام مكلف غير سفيه دينًا على غيره ، أو طلب المكلف المذكور من عليه الدين لمن هو له على وجه الإتيان به لرب الدين ، أو مجردًا عن ذلك .

فالضمان ثلاثة أقسام : ضمان مالي ، ضمان الوجه (على وجه الإتيان به) ، ضمان الطلب ؛ لأنه يفتش عليه لا غير [3] .

ويصح أن يكون الضمان الشخصي تضامنا كمن يشتريان شيئًا ، أو يستلمان من شخص مالا في شيء معين بينهما ، أو يقترضان للعمل ، وضمن كل منهما صاحبه فيجوز ، وهذا تضامن ، والكفالة والضمان بمعنى واحد .

والضمان الحقيقي : هو الرهن وسيأتي الكلام عليه مفصلًا في بابه .

ومسألة تفضيل الضمان الحقيقي على الضمان الشخصي لا منازعة فيها؛ لأن الرهن كفيل بالسداد والغرر فيه قليل ، ولكن الضمان الشخصي معرض لكل غرر من وفاة ولا تركة ، أو إفلاس [4] .

الضمان البسيط :

يراد بالضمان البسيط : الضمان الشخصي المالي ، وهو التزام مكلف غير سفيه

---

(1) يقول الحطاب : « الضمان شغل ذمة أخرى بالحق ، وصح من أهل التبرع » .
ويقول الدردير الضمان : « التزام مكلف لا صبي ومكره ومجنون ولو أنثى غير سفيه ، فلا يصح من سفيه دينا على غيره وهذا ضمان المال ، وأشار لضمان الوجه والطلب بقوله أو طلبه من عليه الدين لمن هو له » مواهب الجليل جـ 5 ص 96 ، 97 . الشرح الصغير جـ 3 ص 172 بداية المجتهد جـ 2 ص 295 وهذا الضمان الشخصي هو ما يعرف في اصطلاح الفقه الحنفي بالكفالة التي عرفتها المواد 772 مدني مصري و 774 مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية بأنها « عقد تضم بمقتضاه ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام . ويلاحظ أن الأحناف يطلقون على هذا النوع من الضمان الكفالة ، وهو المصطلح الذي انتشر استخدامه في القوانين العربية الحديثة . وقد سار المؤلف على اصطلاح جمهور الفقهاء في إطلاق الضمان على الكفالة .

(2) قاعدة : الضمان الشخصي ضم ذمة إلى أخرى في الطلب .

(3) ضمان الوجه : هو التزام الاتيان بالغريم عند حلول الأجل ، وضمان الطلب التزام طلبه ، والتفتيش عليه إن تغيب . الشرح الصغير (3/179 ، 180) .

(4) يقول الدردير : « الضمان التزام مكلف غير سفيه دينا على غيره ، وهذا ضمان المال . وأشار لضمان الوجه والطلب أو طلبه من عليه الدين لمن هو الدين له ، فشمل هذا التعريف الأنواع الثلاثة . الشرح الصغير جـ 3 ص 172 بداية المجتهد جـ 2 ص 296 مواهب الجليل جـ 5 ص 100 ، 101 .

دينا على غيره ، فيتكون من ثلاثة أشخاص : مدين ، ودائن ، وضمان للمدين .

عقد الضمان ككل العقود الالتزامية ، وهو التزام من جانب الضامن فقط ، وهو عقد بلا عوض ولا مقابل [1] ، وهو عقد تابع لعقد الدين فيبطل الضمان إن فسدت المديونية [2] أو فسدت الضمانة نفسها بأن اختل شرط منها أو وجد مانع .

ولا يصح الضمان في مال لم يجب على الأصيل أداؤه ، فشرط الدين المضمون لزومه للمضمون في الحال ، أو مستقبلًا (كضمان الجعل) ، فضمان الصغير [3] والسفيه وضمان الحق غير الواجب باطل [4] .

وحال الضامن كالمدين سواء بسواء حتى إنه يجوز للضامن الصلح بما جاز للمدين .

وللضامن الدفع بسقوط الحق بمضي المدة كالمدين الأصلي ، وأي مسقط للدين عن المدين يستفيد منه الضامن .

مأخذ الضمان : يوجد الضمان باتفاق الدائن والمدين ، بل ويجوز الضمان بغير إذن المدين ، كما يجوز أداء ما على المدين بغير إذنه رفقًا به .

وبما أن العدالة حق مشاع للجميع فليس على من ادعى على شخص مسلم ، أو ذمي ، أو من جنسية واحدة ، أو من جنسية مختلفة ، دفع تأمين ، أو إحضار ضامن ؛ لأن معنى هذا أن الأجنبي لا يتساوى مع الوطني حتى في طلب العدالة ؛ فسماحة الدين الإسلامي الحكم بين غير المسلمين بما يحكم به بين المسلمين مع احترام دينهم ، وإقرارهم على قواعده كزواجهم مثلًا ، فهناك فرق بين عدالة سماوية من وحي لرسله لا قيد ولا جنسية فهي عدالة مباحة مطلقة ، وعدالة وضعية من صنع البشر المتعصب بالجنسية ، والوطنية ، والدين .

وأما أملاك الغائب ، فيقام عليها قيم إذا لم يكن له وكيل ، والنظر للقاضي ،

---

(1) قاعدة : الضمان هو التزام من جانب الضامن وهو عقد بلا عوض ولا مقابل والضمان بالكفالة عمل من أعمال التبرع فيما استقر عليه الفقه الإسلامي ، فليس للكفيل أن يأخذ أجرا عليه .

(2) قاعدة : يبطل الضمان إذا فسدت المديونية وهو ما عبرت عنه المادة 776 مدني مصري والمادة بالرقم نفسه من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة ، ونصها : « لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا » . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 825 من مرشد الحيران ، ونصها : يشترط أيضا لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل .. » .

(3) قاعدة : ضمان الصغير والسفيه وضمان الحق غير الواجب باطل .

(4) وشرط الدين لزومه للمضمون في الحال ولو في المآل أي المستقبل كجعل فإنه قد يئول للزوم . الشرح الصغير (172/3) .

فإن رأى أن القيم مضمون فيها ، وإلا كلفه تقديم ضامن وكفيل .

وأما المنتفع والمستعمل ، فلا ضمان عليهما إذا رأى صاحب العين المنتفع بها أو المستعملة [1] ، فيتبع رأيه متى كان في ذلك مصلحة .

وأما الوارث الذي قبل الميراث فلا ضمان عليه [2] ؛ لأن تحمل دين المورث محدد بقيمة التركة حتى ولو قبل الميراث بغير شرط .

وأما الدائن المرتهن فدينه مقدم من ثمن الرهن متى بيع لسداد الديون ، فإن أراد الشراء للعين المرهونة فيجعل دينه من الثمن ويدفع الباقي ، وما دام البيع بمزاد عام له ولغيره فلا خوف من أخذه العين المرهونة حسب ما وصل إليه الثمن بالمزايدة .

وأما الضمان الذي يقضي به القاضي على المحكوم وله عند الأمر بتنفيذ حكم غير نهائي ، أو على المحكوم عليه فيصح تسميته ضمانًا قضائيًا ، ولا شيء فيه متى رآه القاضي ضرورة تستوجبها العدالة .

الشروط الواجب تحققها في الضامن : يجب أن يكون الضامن أهلًا للتبرع؛ لأنه عقد من جانب واحد ، فلا يصح الضمان من سفيه ولا من صبي ولا مجنون ولامن مكره ، ولا من مريض ولا من امرأة ، فيما زاد على الثلث [3] .

ولا يشترط في الضامن أن يكون مقيمًا بدائرة المحكمة الإدارية ، ولا يشترط في صحة الضمان أن يكون الضامن مقتدرًا وقت الضمان ، وإنما يشترط فقط أن يرتضيه الدائن ضامنًا فرُبَّ ضامن بشرفه خير من ضامن بماله ألف مرة ، والشرط رضاء الدائن به ولو فقيرًا وقت الضمان .

ويوجد الضمان متى وجد الإيجاب والقبول بين الدائن والضامن [4] .

وأما كون مادة التعاقد جائزة وسبب التعاقد كذلك ، فهي شروط لصحة المديونية ، وعقد الضمان تابع لصحة المديونية وجودًا وعدمًا .

وشروط صحة الضمان هي الشروط المطلوبة في الضامن .

---

(1) قاعدة : لا ضمان مع العين المنتفع بها أو المستعملة .

(2) قاعدة : لا ضمان للوارث قبل الميراث .

(3) قاعدة : لا يصح الضمان من سفيه ولا من صبي ولا من مجنون ولا من مكره ولا من مريض مرض موته ولا من امرأة ، فيما زاد على الثلث ، وإنما ذلك لأن الكفالة من أعمال التبرع ، فيشترط في الكفيل أهليته للتبرع .

(4) راجع : الشرح الصغير جـ 3 ص 172 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 295 ، 296 ، مواهب الجليل جـ 5 ص 96 .

بند [15] نتائج الضمان

القانون الفرنسي :

أولًا علاقات الدائن بالضامن : القاعدة العامة أن الضامن يتعهد شخصيًا للدائن ، لكن التزامه يكون تبعًا وبدلًا للالتزام الأصلي للمدين ، وينتج عن تعهد الضامن شخصيًا ما يأتي :

(1) للدائن الحق في مقاضاة الضامن عند عدم الوفاء وحده دون المدين الأصلي ، وبدون إنذار ، وهذا لا يمنع الضامن من معارضة الدائن في مقاضاته أولًا كما سيأتي .

(2) للضامن الحق في كل دفاع يتمسك به المدين الأصلي كالمقاصة ، وأسباب حل العقود لعدم الأهلية للتعاقد .

وللضامن التمسك بكل دفاع يتمسك به المدين الأصلي ، وبما أن الضمان جعل بدلًا فللضامن حق الدفع بأن على الدائن أن يرفع دعواه قبل المدين أولًا .

وقد ميز القانون الضامن بميزتين (فائدتين) .

أ – **الأولى** مطالبة المدين الأصلي أولًا وهي طريقة اكتساب وقت ، وذلك بأن يكره الضامن الدائن على مقاضاة المدين أولًا ، وبيع أملاكه لمعرفة عدم قدرة المدين على الدفع أو سداد دينه قبل مقاضاته هو وإلزامه بتنفيذ الالتزام محل الضمان .

ويشترط لاستعمال حق فائدة مطالبة المدين الأصلي شروط ثلاثة :

أولًا : يجب أن يدافع الضامن عن نفسه بهذا الدفاع عند أول جلسة في الدعوى ، وإلا اعتبر متنازلًا عن حقه .

ثانيًا : يجب على الضامن دفع مصاريف الدعوى التي دفع فيها بحق مطالبة المدين الأصلي ، وهو أولى من تحميل الدائن تكاليفها ؛ لأن الضامن هو المنتفع بها .

ثالثًا : يجب على الضامن بيان أملاك المدين التي تكون في دائرة محكمة الاستئناف التي يتبعها محل تنفيذ الالتزام ، وأن تكون هذه الأملاك ليست محل نزاع .

وينتج عن فائدة مطالبة المدين الأصلي أولًا ما يأتي :

1 – تأخير مقاضاة الضامن ، وإعفاؤه مؤقتًا من الدفع .

2 – لا يدفع الضامن إلا ما زاد عن أموال المدين التي بينها في دفع دعوى الدائن إذا لم تف بمطلوبه حتى لو أهمل الدائن في متابعة وتصفية أموال مدينه ؛ لأن خطأ الدائن لا يتحمله الضامن .

ويستثنى من قاعدة تفصيل مطالبة المدين الأصلي ، أو تقديم أموال المدين الأصلي أولًا مسألتان :

الأولى : إذا تنازل الضامن بشرط في العقد عن التمسك بهذا الحق ، وهو شرط مطبوع في شروط الضمان فالبحث في أحكام هذه الميزة نظري لا عملي .

الثانية : إذا كان الضمان قضائيًا ؛ لأن الأحكام يجب أن تنفذ بدون مانع ، وكذا ضامن الضامن القضائي ليس له التمسك بهذا الحق .

ب – الثانية : فائدة تقسيم الدين إذا تعدد الضمان . يفرض القانون في هذه الحالة تعدد الضامنين فعليهم جميعًا ، وعلى كل واحد منهم ضمان الالتزام المضمون ، ولكن القانون أباح للضامن معارضة الدائن متى طلب منه منفردًا تنفيذ الالتزام المضمون ، وطلب تقسيم المطلوب بين الضامنين الآخرين القادرين على الدفع ومطالبته هو فقط بما خصه من الالتزام ، وبهذا التقسيم لمسؤلية الضمان لا ضرر على الدائن ؛ لأنه دائمًا محاط بمقدرة الضمان على الدفع .

شروط استعمال حق التقسيم : يشترط لذلك شرط واحد ، وهو قدرة بقية الضمان على الدفع وقت التقاضي ، فإنه يلزم حينئذ قسمة الضمان بينهم بقدر حصة كل واحد ، فإن تعذر الدفع من أحدهم بعد ذلك فليس للدائن الرجوع على الضمان بنصيب من عجز .

وتجوز المعارضة بوجوب التقسيم بين الضُّمَّان في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ، ومتى تنازل الضامن أو الضُّمَّان عن حق التقسيم سقط حقهم في ذلك [1] .

بند [16] نتائج الضمان

التشريع الإسلامي :

أولًا : علاقات الدائن بالضامن : علاقة الدائن بالضامن علاقة ثانوية بمعنى أنه ملزم بأداء ما ضمنه متى لم يؤد المدين الأصلي ومتى بقي الضامن حيًا . فإن مات الضامن قبل الأجل عجل الدين من تركته [2] ، ورجع وارث الضامن على الغريم بعد الأجل أو بعد موت الغريم [3] .

---

(1) انظر : البنود من 2021 إلى 2027 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني ، من الكتاب الرابع عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ، ص 141 – 142 .

(2) قاعدة : إذا مات الضامن قبل الأجل عجل الدين من تركته .

(3) يتعجل الدين بموت الضامن قبل الأجل من تركته إن كان له تركة ، ورجع وارث الضامن على الغريم بعد الأجل ، أو بعد موت الغريم على تركته إن ترك ما يؤخذ منه الدين ، وإلا سقط . الشرح الصغير (176/3) .

وليس للدائن مطالبة الضامن أولًا إن تيسر للدائن الأخذ من مال المدين ، بمعنى أنه لا تقبل دعوى الدائن ضد الضامن إلا إذا تعسر الأخذ من المدين فعلى الدائن إثبات عسر مدينه لمطالبة الضامن ، فإن رفع المدين دعواه ضد الضامن قبل التحقق من عدم إمكان التقاضي من المدين دفع الضامن الدعوى بعدم الأحقية في الطلب ، ومتى ثبت أنه لم يطالب المدين ولم يتحقق عسره رفضت دعوى الدائن بلا رجوع على الضامن بشيء من المصاريف ؛ لأن خطأ الدائن في عدم اتباع المدين قِبَلَ الضامن عليه لا على الضامن [1] .

فإن قبل الضامن التقاضي قبل مضمونه فله الحق في التمسك بكل دفاع يحق للمدين التقدم به للقضاء ؛ لأن تحقق الضمان فرع تحقق الدين ، ومتى قبل التقاضي فليس له الرجوع إلى الدفع بتوجه الطلب أولًا على المدين .

وليس على الضامن بيان أملاك المدين إلا إذا ادعى الدائن أن مدينه معسر ، ولا مال له فعلى الدافع بيسار المدين إثبات هذا اليسار بالبيان والبينة ، ولا يشترط أن تكون أملاك المدين في دائرة المحكمة الإدارية بل يكفي أن تكون في محل يمكن أداء الالتزام منها .

وفائدة مقاضاة المدين أولًا تأخير مقاضاة الضامن ، أو معرفة الباقي من الدين بعد سداد المدين ، فيدفع الضامنُ الكل إذا وجد المدين مفلسًا ، أو ما بقي إذا لم يف مال المدين بكل الدين .

ويستثنى من وجوب مطالبة الدائن للمدين أولًا قبل الضامن ما يأتي :

1 - إن اشترط الدائن في الضمان أخذ أيهما شاء فله الحق في مطالبة المدين ، أو الضامن أولًا بلا اعتراض من الضامن على مطالبته أولًا قبل المدين .

2 - إن اشترط في الضمان تقديم الضامن على المدين ، فله الحق في طلب الضامن أولًا .

3 - إن ضمن الضامن المدين في الحالات الست (الحياة والموت ، والحضور والغياب ، والعسر واليسر) ، فله مطالبة الضامن أولًا ولو تيسر الأخذ من المدين [2] .

---

(1) يقول ابن رشد : « اختلف الفقهاء فيما إذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر » قال مالك : « ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه .. بداية المجتهد جـ 2 ص 296 ، والشرح الصغير جـ 3 ص 173 ، 174 .

(2) ليس لرب الدين مطالبة الضامن إن تيسر الأخذ لرب الدين من مال المدين بأن كان موسرًا غير ظالم ، ولو كان المدين غائبًا ، حيث كان الدين ثابتا ومال المدين حاضرًا يمكن الأخذ منه بلا مشقة ، إلا أن يشترط رب الدين عند الضمان أخذ أيهما شاء ، أو يشترط تقديمه في الأخذ عن المدين ، أو ضمن الضامن المدين في الحالات الست ، الحياة ، الموت ، والحضور ، والغيبة ، واليسر ، والعسر ، فله مطالبته ، ولو تيسر الأخذ من مال الغريم . الشرح الصغير (175/3) . =

وليس هناك ضمان قضائي خاص ، ولكن يجوز للقضاء بالتضامن .

ويجوز ضمان الضامن من شخص آخر وضمان ضامن وهكذا ولو تسلسل . ومرتبة الضُّمان بعد المدين ، ومرتبة الضامن الثاني بعد مرتبة الضامن الأول ، والضامن الثالث بعد الضامن الثاني وهكذا .

تعدد الضمان لمدين واحد : إذا ضمن جماعة شخصًا في دين ضمانة مطلقة بلا قيد ، ولا شرط ، فليس للدائن الحق في مطالبة أحد الضُّمَّان بكل الدين ، بل يجب عليه اتباع كل واحد منهم بحصته في الضمان دون حصة صاحبه . فإن كان الشيء المضمون كلًّا لا يتجزأ فعلى الدائن طلب جميع الضامنين دون واحد منهم ، فإن اشترط حمالة بعضهم عن بعض اتبع كل واحد منهم بمبلغ الدين جميعه ، أو قال : أيكم شئت أخذت بحقي ، فله أخذ كل الحق من واحد شاءه [1] .

فإن لم يكونوا حملاء رجع الدافع على كل منهم بما يخصه فقط إن كانوا غرماء لرب الحق أصالة ، فإن كانوا حملاء عن مدين ، فيرجع الدافع بما أدى لرب الدين على الغريم .

= وقد جاء في المادة 878 مدني مصري والمادة 790 ، 791 من مشروع القانوني المدني طبقا للشريعة الإسلامية أنه « لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ... » ولا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 333 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام مالك ، ونصها : إذا حل الدين المضمون فليس للدائن أن يطالب الضامن به إن تيسر أخذه من مال المدين ، ولو كان المدين غائبا إلا إذا اقتضى شرط خلاف ذلك فيعمل به . المذكرة الإيضاحية للمشروع ص 313 .

(1) جاء في المادة 792 مدني مصري والمادة 789 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية أنه :

1 – إذا تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد ، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم ، فلا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر حصته من الدين .

2 – أما إذا كان الكفلاء قد كفل كل منهم الدين على حدة بعقد مستقل فإنه يجوز للدائن أن يطالب كل واحد منهم بكل الدين مالم يكن الكفيل قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » . وقد نصت المادة 647 من مجلة الأحكام العدلية على تعدد الكفلاء ، وبينت الواجب عليهم ، ونصها : « لو كان لدين كفلاء متعددة فإن كان كل منهم قد كفل على حدة يطالب كل منهم بمجموع الدين ، وإن كانوا قد كفلوا معا يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين . ولكن لو كان قد كفل كل منهم المبلغ الذي لزم في ذمة الآخر فعلى هذا الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين .. » .

وفي المادة 840 من مرشد الحيران أنه « إذا تعدد الكفلاء بدين وكان كل منهم قد كفله جميعه على حدته بعقود متعاقبة يطالب كل منهم بجميع الدين ، فإن أدى أحدهم برئ الجميع . وإن كانوا كفلاء عن بعضهم بجميع الدين بأمره يرجع المؤدي على كل منهم بقدر حصته » .

وصور المسألة التي تعدد فيها الحملاء أربع :

أولًا : تعدد الحملاء ولم يشترط حمالة بعضهم عن بعض ، ولا أخذ أيهم شاء بحقه ، فلا يؤخذ كل إلا بحصته .

ثانيًا : اشترط حمالة بعضهم عن بعض ، ولم يقل أيكم شئت أخذت بحقي ، فيؤخذ من وجد بجميع الحق إن غاب الباقي ، أو أعْدَم ، أو مات .

ثالثًا : اشترط حمالة بعضهم عن بعض ، وقال مع ذلك : أيكم شئت أخذت بحقي ، فله أخذ أي واحد منهم بجميع الحق ، ولو كان غيره حاضرًا مليئًا ، وللغارم في هاتين الصورتين الرجوع على أصحابه ، أو على الغريم .

رابعًا : تعدد الحملاء ولم يشترط حمالة بعضهم عن بعض ، وقال : أيكم شئت أخذت بحقي فيؤخذ أي واحد بجميع الحق ولو كان غيره حاضرًا مليئًا ، وليس للغارم الرجوع على أحد من أصحابه بل يرجع على الغريم .

وهذه الأحكام في الصور الأربع في حملاء غير غرماء تجري كذلك في الحملاء الغرماء .

فإن تنازل الضامن عن التمسك بنصيبه في الالتزام المضمون فليس له الرجوع ؛ لأنه تنازل عن حق للدائن [1] .

بند [17] علاقة المدين بالضامن

القانون الفرنسي : قاعدة عامة : للضامن الرجوع على المدين في كل حالة يفرض القانون أنه دفع إلى الدائن . وللضامن دعويان دعوى شخصية ، ودعوى نقلت إليه من الدائن . فالدعوى الشخصية تكون كدعوى الوكيل إذا كان يعلم المدين بالكفالة والدفع ، أو كدعوى وكيل الأعمال إذا كان المدين لا علم له بذلك ، فيرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصاريف والتعويض . وإذا دفع الضامن دينًا مضمونًا بين عدة مدينين متضامنين فله الحق في الرجوع على كل واحد بجميع ما أدى من الدين .

---

(1) يقول الدردير : « وإن تعدد حملاء الشخص ، ولم يشترط عليهم حمالة بعضهم على بعض اتبع كل منهم بحصته فقط دون حصة صاحبه إلا أن يقول : أيكم شئت أخذت بحقي فله أخذ جميع الحق ممن شاء ، ورجع الدافع على كل بما يخصه إن كانوا غرماء ، وإلا فعلى الغريم كترتبهم . الشرح الصغير جـ 3 ص 177 ، 178 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 298 ، وانظر الشرح الكبير 307/3 .

وللضامن أن يقاضي المدين متى أدى الضمان لا قبل ذلك ، إلا في الأحوال الآتية :

أولًا : إذا قاضى الدائن الضامن طالبًا دفع الدين منه ، فله إدخال المدين الأصلي طالبًا أن يحكم عليه له بما يحكم على الضامن للدائن .

ثانيًا : إذا أفلس المدين أو توقف عن الدفع ، فللضامن رفع الدعوى طالبًا الحكم له بدفع حصته مقدمًا حيث إنه سيدفع الدين الضامن فيه .

ثالثًا : إذا تعهد المدين للضامن بإخلائه من الضمانة في وقت محدود ، ومضى الوقت ولم يف بتعهده .

رابعًا : إذا جاء الأجل لسداد الدين ولم يدفعه المدين فللضامن الحق في رفع دعواه ضد المدين ؛ لأنه أصبح مهددًا بمقاضاته من الدائن .

خامسًا : بعد مضي عشر سنوات إذا لم يكن للدين أجل محدد .

وليس للضامن الرجوع على المدين المضمون في الأحوال الآتية :

أولًا : في حالة ما إذا دفع المدين دينه ، ولم يخبر الضامن بالدفع فدفع الضامن مرة أخرى هذا الدين ، فللضامن الرجوع على الدائن بما أدى؛ لأنه دفع ما لا يجب عليه .

ثانيًا : في حالة ما إذا دفع الضامن من غير إخبار المدين هي عنده دفوع يتلاشى معها الدين ، ولا يمنع رجوع الضامن بما أدى على الدائن .

ثالثًا : في حالة ما إذا قاضى الدائن مدينه الأصلي دون الضامن .

علاقات الضُّمَّان بعضهم مع بعض :

الضامن الذي دفع الدين المضمون له حق الرجوع على بقية الضُّمَّان . ويشترط لجواز الرجوع على بقية الضامنين : أن يكون قد دفع قهرًا عنه بقوة القانون ، فإن أدى اختياريًّا فليس له الرجوع إلا على المدينين الأصليين كل بنصيبه [1] .

---

(1) انظر : البنود من 2028 إلى 2033 ، في الفصلين الثاني والثالث من الباب الثاني ، من الكتاب الرابع عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 142 – 144 .

بند [18] علاقات المدين والضامن

التشريع الإسلامي :

قاعدة عامة : يرجع الضامن على المدين بما أدى عنه ولو مقومًا [1] ؛ لأنه كالسلف ، إن ثبت الدفع منه لرب الدين ببينة أو إقرار رب الدين ، فإن صالح الضامن الدائن على الدين رجع على المدين بالأقل من الدين ومن قيمة ما صالح به . فيرجع بما أدى وبما أنفق في سبيل الأداء بلا فائدة ، ولا تعويض ، فإذا كان الدين المدفوع من الضامن مضمونًا بين عدة مدينين متضامنين فله الحق في الرجوع على كل واحد بجميع ما أدى من الدين متى كان ضامنًا لا مدينًا فإن كان ضامنًا متضامنًا ومدينًا فله الرجوع على كل واحد بالباقي بعد خصم ما عليه بالشركة ؛ فإن كان الدين 100 جنيه على خمسة مدينين متضامنين ودفعه واحد منهم ، فيأخذ ممن يلاقيه نصف ما أداه عن الباقين دون ما عليه هو ، وهو 20 جنيهًا والباقي 80 جنيهًا فيأخذ أربعين وهكذا والثاني ، والثالث ، والرابع إلخ .

وللضامن طلب الدائن لتخليص حقه من الدين أو إخلاء سبيله من الضمان ، كما يجوز للضامن طلب المدين للوفاء بما ضمنه فيه ، وليدفع لرب الدين حقه [2] .

وليس للدائن طلب الضامن أولًا قبل تحقق عدم قدرة المدين على الدفع ، فإن تحقق إعساره فللضامن طلب المضمون في دعوى الوفاء بالضمان ليكون الحكم على الضامن دليلًا قاطعًا على وجوب الأداء بالتزامه بدفع ما يدفعه الضامن قضاء لما عليه لدائنه .

فإن أفلس المدين ودفع الضامن الدين حاصص الضامن دائني مضمونه ، وأخذ

---

(1) قاعدة : يرجع الضامن على المدين بما أدى عنه ولو مقومًا . وقد تناولت المادة 800 مدني مصري والمادة 802 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية الحكم في ذلك ، ونصتا على أن : « 1 – للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد تمت بعلمه أو بغير علمه أو رغم معارضته . 2 – ويرجع بأصل الدين ، ومصروفات المطالبة الأولى والمصروفات التي أنفقها من وقت إخطاره المدين بالإجراءات التي اتخذت ضده . وله فوق ذلك أن يرجع بالتعويض » . وهذا هو ما تناولته المادة 770 كويتي ، والمادة 982 أردني . وفي المادة 845 من مرشد الحيران أنه « إذا أدى الكفيل ما تكفل به من ماله فله الرجوع بما أدى على الأصيل . إن كانت الكفالة بأمر الأصيل » .

(2) وهذا هو النوع المسمي ضمان الطلب ، وقد عرفه الدردير بأنه التزام طلبه ، والتفتيش عليه إن تغيب ثم يدل ربَّ الحق عليه ، وإن لم يأت به لرب المال . الشرح الصغير (3/180) .

بقدر ما دفع .

وليس للضامن طلب المدين بالأداء إذا تعهد بإخلائه من الضمان ، ولم يفعل ؛ لأن حق الإخلاء من الضمان ليس في مقدور المدين إلا بالدفع ، لأن الإخلاء من الضمان حق للدائن لا للمدين .

ومتى جاء أجل الدين جاز للضامن طلب الدائن أن يقاضي مدينه أو يخلي سبيله ، كما يجوز للضامن أيضًا طلبُ المدين للوفاء بما ضمن فيه للدائن ، ويقضى له بذلك لإخلائه من الضمان [1] .

وليس مضي عشر سنوات مبيحًا مقاضاة الضامن للمدين؛ لأن الضمان تبع للدين الأصلي ، وقد سبق تفصيل الخلاف في سقوط الدين الذي في الذمة بمضي المدة ، وعدم سقوطه وتحكيم العرف والعادة .

ويشترط في صحة رجوع الضامن على المدين أن يؤدي عنه ما يرجع به ، ويكون واجبًا على المدين أداؤه .

فإن دفع المدين دينه ، ودفع الضامن نفس هذا الدين من غير أن يخطر المدين بذلك ، فليس له الحق في الرجوع على المدين ؛ لأنه لم يؤد واجبًا عليه .

وكذلك إذا كان الدين ساقطًا شرعًا لأي سبب فذهب الضامن من نفسه وأداه للدائن ، فلاحق له في الرجوع على المدين ، لأن الضامن يعتمد على دين واجب الأداء وإلا فلا يجب [2] .

وفي كلتا الحالتين للضامن الرجوع على الدائن بما أدى؛ لأنه لا حق له في أخذ

---

(1) جاء في المادة 981 مدني أردني « أنه إذا استحق الدين ، ولم يطلب الدائن المدين به فيجوز للكفيل أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين ، وإذا لم يقم بذلك خلال ستة أشهر من تاريخ الإنذار ، ولم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا خرج الكفيل من الكفالة » . وإنما ذلك حتى لا يقع في الضرر فيما لو أصاب المدين إعسار طارئ ، أو أي سبب آخر يحول دون استيفاء الحق منه ، لأن الضرر يزال ، ولا ضرر ولا ضرار . راجع المواد : 19 ، 20 ، 58 من مجلة الأحكام العدلية والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، المادة المذكورة .

(2) أوجبت الفقرة الأولى من المادة 978 مدني مصري قيام الكفيل بإخطار المدين قبل قيامه بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كان لديه وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بإنقضائه . وهو ما تناولته المواد 801 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ، 983 مدني أردني ، 769 كويتي .

مال بدون حق ولا سبب شرعي .

وقد تقدم حكم الضُّمّان بعضهم مع بعض فلا داعي للإعادة [1] .

بند [19] تلاشي الضمان

القانون الفرنسي : بما أن الضمان عقد تابع لعقد الدين الأصلي ، فكل ما يمحو الدين الأصلي يمحو الضمان من دفع ، أو تجديد ، أو تنازل إلخ . مع ملاحظة أن تغير صفة شخص المدين الأصلي والضامن (بأن أصبح أحدهم وارثا للآخر) لا يسقط دعوى الدائن ضد ضامن الضامن ، ومع ملاحظة أن إمهال المدين الأصلي لا يعفي الضامن من الضمان الذي له الحق في مقاضاة المدين لإكراهه على الدفع . ويستثنى من ذلك أن ضامن المدين المفلس الذي حصل على اتفاق الدائنين بأقل من مدينه(كونكرد) [2] لا يعفيه من ضمان الدين كاملًا .

سقوط الضمان بطريق غير مباشر :

واجب الضمان يمكن أن يسقط لسبب ينشأ عن شخص الضامن بدون نظر إلى المدين كما إذا دفع هو ، أو حصلت مقاصة إلخ . إلا أن المقاصة لا تحصل من تلقاء نفسها بل لا بد من أن يطلبها الضامن في دعوى الدائن مثلًا .

ويسقط الضمان بسبب خاص ، وهو بفعل الدائن نفسه متى أسقط حقًّا ضامنًا لسداد الدين ، كحق الامتياز ، أو رهن كان على أملاك المدين الأصلي برئت ذمة الضامن من ضمانته . ويشترط لتطبيق هذه القاعدة ثلاثة شروط :

الأول : أن يكون ضياع الحق بفعل الدائن نفسه ، وعمله محسوب عليه كتنازله عن حق رهن أو إهماله أي عمل قانوني لحفظ حقه ، بخلاف ما إذا ضاع بنص قانوني ، فلا يسقط الضمان .

الثاني : أن يكون الحق المتنازل عنه من الدائن قد وجد قبل الضمان ، فإن وجده بعده ، فلا يسقط الضمان ؛ لأن الضامن لم يحتسبه كسند له فيما ضمن .

---

(1) راجع : الكافي لابن عبد البر ص 398 ، 399 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 178 ، 179 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 296 .

(2) هي تسوية تجارية بين المفلس ودائنيه .

الثالث : يجب أن يكون الحق المتنازل عنه قد ألحق ضررًا بالضَّمَّان ، بمعنى أنه قد جعل وفاء الالتزام غير ممكن . فإن كان التنازل ، أو الإهمال الذي نتج عنه الضرر غير كلي بأن كان يمكن سداد بعض الالتزام سقط بقدر ذلك من الالتزام في الضمَان .

ويلاحظ أن الضمان لا يسقط بموت الضامن ، ولكن ينتقل بعد وفاته لورثته (1) .

بند [20] تلاشي الضمان

التشريع الإسلامي : الضمان عقد تابع لعقد الدين الأصلي ، فإذا سقط الدين الأصلي أو تغير وصفه ، ولم يقبل الضامن انتقال ضمانه سقط الضمان .

وانتقال المديونية إلى الضامن (بأن كان المدين مورثًا للضامن فمات فانتقل الدين للتركة التي يمثلها الضامن ، فيبقى ضامنًا بحيث لو لم يسد الدين من مال التركة أدى هو التزامه كضامن) ، لا يؤثر في الضمان ، كذلك لو انتقل الضمان إلى المدين بأن كان المورث هو الضامن ، فلا يؤثر على الضمان أيضًا .

والضامن ملزم بأداء ما ضمن فيه كاملًا (2) ، ولو أفلس مضمونه ، وسوى الدين المضمون بأقل من قيمته الحقيقية .

ويسقط الضمان بأداء الضامن أو طلب الضامن المقاصة مع الدائن (3) ؛ لأن الأصل في المقاصة أن تكون بين دينين متقابلين في ذمتين لشخصين أحدهما دائن ، والآخر مدين ، وكذلك العكس فيلتقي الدينان قصاصًا . وأما الضمان فليس بدين ، فلا يلتقي

---

(1) انظر : البنود من 2034 إلى 2039 ، في الباب الثالث ، من الكتاب الرابع عشر ، من المقالة الثالثة ، تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 144 – 145 .

(2) قاعدة : الضامن ملزم بأداء ما ضمنه كاملًا .

(3) قاعدة : الضمان يسقط بأداء الضامن ، أو طلب الضامن المقاصة مع الدائن . وقد جاء في المادة 782 مدني مصري والمادة 784 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية أن الكفيل يبرأ بمجرد براءة المدين . ويتفق هذا مع ما جاء في المادة 853 من مرشد الحيران ، ونصها : « أداء الأصيل أو الكفيل المال المكفول به يوجب براءة الأصيل والكفيل وكفيل الكفيل » . وفي المادة 854 من المرشد أن « إبراء الدائن الأصيل يوجب براءة الكفيل » وفي المادة 857 من المرشد أن : « إحالة الأصيل غريمه بالدين المكفول على آخر حوالة مقبولة من المحيل والمحال عليه توجب براءة الأصيل والكفيل وكفيل الكفيل » . وقد تناولت المواد 987 – 992 مدني أردني موضوع انتهاء الكفالة بما لا يخرج عما جاء في المواد 624 ، 659 ، 660 ، 662 ، 667 ، 669 ، 671 من مجلة الأحكام العدلية ، وحاشية ابن عابدين 273/4 وما بعدها ، ونهاية المحتاج 459/4 والمغني لابن قدامة 83/5 وما بعدها .

الدينان مع دين الدائن قصاصًا إلا إذا أراد الضامن أداء ما ضمن فيلتقي الدينان قصاصًا .

وللضامن طلب رب الدين بتخليصه عند حلول أجل الدين ، ولو بموت المدين ، أو بفلسه حيث كان المضمون مليًا بأن يقول له : إما أن تطلب حقك من المدين ، أو تسقط عني الضمان ، وله طلب المضمون بدفع ما عليه عند الأجل ولو سكت رب الدين . ومن قبيل ذلك طلب الضامن ربَّ الدين بالمقاصة بينه وبين المدين في دينهما ، حيث حل أجل الدين المضمون لينفك عنه الضمان ، أو بتخليصه من الضمان . وليس للمدين أن يطلب مقاصة بين الضامن والدائن . فإن أسقط الدائن حقًّا ضامنًا لسداد الدين كحق الامتياز ، أو رهن على أملاك المدين الأصلي ، فلا يسقط الضمان عن الضامن؛ لأن الرهن أو الامتياز لا يخلي الضامن من الضمان وجودًا وعدمًا ، على أن الضامن له الحق في إبطال تصرفات مدينه متى أضرت به ضررًا محققًا أو محتملًا ، فإذا أباح القانون للدائن مهاجمة المدين في تصرفاته المالية التي تعجزه عن دفع دينه وأداء ما التزم به ، فمن باب أولى الضامن الذي يقوم مباشرة بعد عجز المدين .

على أن شرط وجود الحق المتنازل عنه من الدائن قبل الضمان يعطى الحق للضامن في إلغاء تصرف المدين فيما تصرف فيه فأعجزه عن الدفع ؛ لأن هذا كان سندًا للضامن قبل الضمان ، وقد أخل بهذا الضمان . وليس الضامن سببًا في الرهن أو الامتياز حتى ينفك من الضمان لإهمال الدائن هذا الحق ، وإنما كان هذا الحق موجودًا بفعل الدائن نفسه .

ويلاحظ أن الضمان لا يسقط بموت الضامن [1] ، ولكن ينتقل في التركة الممثلة بأحد الورثة ، ويحل الضمان فيؤدي الدين المضمون من التركة حتى يحل أجل الدين الأصلي فيأخذه ورثة الضامن ؛ لأنهم أدوه من تركة مورثهم الضامن وقت وفاته ؛ لأن ديونه حلت بالوفاة [2] .

---

(1) قاعدة : الضمان لا يسقط بموت الضامن . وقد جاء في المادة 973 مدني أردني أنه : « إذا مات الكفيل أو المدين قبل حلول الدين المؤجل استُحِقَّ الدين في تركة من مات » . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 760 من مجلة الأحكام العدلية ، والمادة 865 ، 866 ، 867 من مرشد الحيران وحاشية ابن عابدين 275/4 والمغني لابن قدامة 81/5 ونهاية المحتاج 458/4 . انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني 630/2 .

(2) يقول الحطاب : « يجوز المقاصة في ديني العين مطلقًا » ، وقال ابن عرفة : « المقاصة متاركة مطلوب بمماثل صنف ما عليه لماله على طالبه فيما ذكر عليهما » مواهب الجليل جـ 4 ص 549 .

نتيجة المقارنات من بند 1 إلى بند 20

اتفق التشريعان فيما يأتي :

دليل العقود ، مادة الدليل ، الدليل الكتابي ، قوة إثبات الأوراق العرفية ، الاتفاق الخفي ، الشهادة ، الإقرار ، اليمين ، أقسام الضمان ، الضمان البسيط ، نتائج الضمان ، علاقة الدائن بالضامن ، علاقة المدين والضامن ، علاقات الضمان بعضهم مع بعض ، تلاشي الضمان .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

حجة سجل الأعمال التجارية ، تحديد قبول دليل الشهادة [1] .

---

(1) انظر : بند 2033 في الفصل الثالث ، من الباب الثاني ، من الكتاب الرابع عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 144 .

بند [21] الضمان بالتضامن

القانون الفرنسي :

الضمان بالتضامن يمكن أن يكون في صورتين :

الأولى : التضامن بين الضُّمَّان . **الثانية** : التضامن بين الضامن والمدين الأصلي .

التضامن بين الضمان : هو أن يتعهد الضُّمَّان فيما بينهم بضمان تنفيذ التزامات المدين الأصلي ، ولا يكون هذا التضامن إلا بالاتفاق لاقانونا ولا قضاء . وبالرغم من هذا التضامن فهم ضامنون ومتضامنون ، فتطبق عليهم قواعد الضمان وقواعد التضامن ، فيمثل الجميعَ واحدٌ منهم ، فللدائن مقاضاة واحد بجميع الدين بلا تجزئة للدين . والدعوى على واحد تقطع سقوط الحق للجميع وتسري الفائدة على الجميع ، وللضامنين الحق في طلب التنفيذ على مضمونهم أولًا ، وينتفعون بما استفاد به مدينهم المذكور [1] .

ويحتفظ من دفع منهم بحق الرجوع على الباقين بما أدى كوكيل عنهم .

التضامن بين الضامن والمدين الأصلي : وهو أن يتعهد الضامن بتنفيذ ما التزم به المدين الأصلي بالتضامن مع المدين المذكور ، وهي اتفاقية وكثيرة الوقوع .

وقد اختلف العلماء في وضع الضامن المتضامن مع المدين هل هو كمدين متضامن ، أو هو ضامن فقط ؟ بمعنى أن تطبق عليه قواعد الضمان المطابقة للتضامن وذلك .

(1) ليس له حق طلب التنفيذ أولًا على المدين الأصلي .

(2) ليس له الحق في طلب قسمة الدين لدفع ما عليه هو فقط .

(3) طلب المدين الأصلي يسري على الضامن ، ويقطع سقوط الحق ويفيد احتساب فائدة التأخير .

ويمكنه أن يستفيد من حالة المدين الأصلي حتى في المقاصة بين المدين والدائن .

---

(1) تناولت المواد 279 مدني مصري ، 315 ، 320 عراقي ، 412 ، 426 أردني ، 341 كويتي موضوع التضامن ، وبينت أنه لا يفترض ، وإنما يكون باتفاق أو نص في القانون . وقد جاء هذا في المبسوط للسرخسي 174/11 – 177 والبدائع 41/6 – 51 . وقد تناولت المادة 975 مدني أردني تعدد الكفلاء المتضامنين فيما بينهم ، وقضت بأن لمن وفى منهم بالدين أن يرجع على كل الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم . ويتفق هذا مع ما جاء في المادة 657 من المجلة العدلية ، والمادة 858 مرشد الحيران . راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني في المادة 426 .

وحالة الضامن بالتضامن مع المدين هي حالة الضامن العادي بلا تفرقة .

بند [22] التشريع الإسلامي

الضُّمَّان بالتضامن : يصح أن يتعهد الضُّمَّان فيما بينهم بالتضامن في تنفيذ التزامات المدين ، فهم ضامنون للمدين متضامنون فيما بينهم ، فتطبق عليهم قواعد الضمان وقواعد التضامن ، مع مراعاة التنفيذ على المدين أولًا ، إلا لشرط جواز التنفيذ على الضامن أولًا ، أو تخيير الدائن في أيهم يأخذ أولًا .

والتضامن بين الضامن والمدين الأصلي جائز ، وحينئذ فللدائن الحق في أخذ أيهما شاء ؛ لأن الضامن قبل أن يكون في منزلة المدين بتضامنه معه لا كضامن فقط ، وإنما كمدين غارم ، فليس له طلب التنفيذ على المدين أولًا ، وتجري المقاصة بين الضامن والدائن ؛ لأنه كمدين أصلي له ذلك [1] .

بند [23] الضمان الحقيقي [2]

القانون الفرنسي :

الرهن : هو عقد يضع به شيئًا منقولًا تحت يد شخص آخر ضمانًا لتنفيذ

(1) يقول الدردير : « وإن تعدد حملاء لشخص ، ولم يشترط عليهم حمالة بعضهم عن بعض اتُّبِعَ كلٌّ منهم بحصته ، ولا يؤخذ بعضهم عن بعض بأن قالوا : نضمنه أو ضمانه علينا ، وكذا إن تعدد غرماء ، ولم يشترط إلا أن يقول رب الحق لهم : أيكم شئت أخذت بحقي ، فله أخذ جميع الحق ممن شاء منهم » ..
الشرح الصغير جـ 3 ص 177 ، 178 ، الكافي ص 398 بداية المجتهد جـ 2 ص 297 . وقد جاء في المادة 841 من مرشد الحيران أنه : « إذا تعدد الكفلاء بدين قد التزموا به معًا في عقد واحد فلا يطالب كل منهم إلا بحصته من الدين المكفول . فإن التزم كل منهم منفردا بجميع ما لزم في ذمة الآخر فللدائن أن يطالب كلا منهم بجميع الدين » . وقد تناولت هذا الموضوع المادة 621 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام أبي حنيفة ، والمادة 329 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام مالك ، ونصها : « إذا تعدد الحملاء لدين واحد واستقل كل واحد منهم بضمانه فللدائن أن يأخذ دينه من أي واحد منهم ، تيسر أخذه منه عن غيره . وليس لمن أخذ من الدين أن يرجع بشيء منه على غيره من الحملاء . وإن لم يستقل كل واحد بالضمان ، واشترط الدائن عليهم حمالة بعضهم عن بعض فله أخذ جميع الدين من أي واحد منهم إن تعذر الأخذ من غيره ، ويرجع المأخوذ منه على غيره من الحملاء ، فإن لم يشترط عليهم حمالة بعضهم عن بعض ، أو تيسر الأخذ من الجميع فإنه يأخذ من كل واحد ما يخصه فقط من قسمة الدين على عددهم . شرح مجموع الأمير 169/2 ، وحاشية الدسوقي 307/3 . انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 212 .

(2) يتفق اصطلاح المؤلف : « الضمان الحقيقي » مع الاصطلاح المعروف في الكتابات القانونية المعاصرة : =

التزاماته . والذي يمكنه التعاقد في الرهن هو كل ما يمكنه التمليك والتملك . والذي يعمله هو المدين نفسه ، أو من يعمل كوكيل أو مدير أعمال . والمادة التي يصح أن توضع كرهن هي المنقول لا العقار ، والمنقول الذي يصح أن يباع ، سواء أكان جسمانيًا أو غير جسماني .

ويشترط لتحقيق الرهن :

أولًا : تحرير مكتوب بذلك ليحقق دليل الرهن لا لوجوده ، ويجب أن يكون المكتوب رسميًا أو عرفيًا ويسجل ، ويحتوي على المبلغ الواجب دفعه وعلى طبيعة الشيء المرهون ووزنه أو كيله .

وتجب الكتابة بنص القانون ما دام الرهن متحققًا في دين ، وفي حالة رهن المنقول لا تجب الكتابة ما دام ثمنه لم يتجاوز 150 فرنكًا فإن زادت تعينت الكتابة .

ثانيًا : يجب نقل الرهن من تحت يد الدائن إما بوضعه تحت يد الدائن ، وإما بوضعه تحت يد أمين على ذمة الوفاء بالدين . وهذا الشرط يعادل تسجيل الرهن في العقار ؛ لأنه بنقل العين من تحت يد الراهن تحصل العلانية المطلوبة لمصلحة الشخص الثالث .

فإذا كان الرهن دينًا مدنيًا وجب إعلان المدين رسميًا أو قبوله بوضع دينه رهنًا ممن ارتهنه . أما إذا كان الدين سندًا ماليًا يباع في السوق العام كالسند تحت الطلب ، أو كالسند لحامله ، أو كالسند الاسمي ، فالسند تحت الطلب يكفي تحويله بظهره للمرتهن وذكر أنه رهن ، والسند لحامله يكفي تسليمه له كالمنقول ، والسند الاسمي ينقل للاسم في مركز الشركة التي أصدرته باسم المرتهن .

ويستثنى من القاعدة السابقة الأحوال الآتية :

أولًا : إذا كان الرهن لضمان التزامات تجارية فتطبق المادة 91 ق تجاري .

ثانيًا : إذا كانت العين المرهونة هي عينا تجارية فيجب تسجيل ذلك في سجل المحكمة التجارية الواقع في دائرتها المدنية .

= التأمين العيني ويقابل اصطلاح الضمان الحقيقي ما تمت مناقشته من قبل تحت عنوان الضمان الشخصي ، أو الكفالة . وتطلق التأمينات العينية على ما يشمل كلا من حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز .

ثالثًا : في حالة تطبيق قواعده على وصل أمانة البضائع المودعة في مخازن التجارة ، أو وصل إيداع المحصول الزراعي .

نتائج الرهن :

ينتج الرهن أمرين :

أولًا : التزام بالنسبة للدائن المرتهن حالًّا ، وللمدين الراهن مستقبلًا .

ثانيًا : لصالح الدائن المرتهن .

أولًا – التزامات تتولد من الرهن : عقد الرهن ملزم للطرفين ، فواجب الدائن المرتهن شيئان : حفظ العين المرهونة وردها لصاحبها عند سداد دينه ، أو الوفاء بالتزامه ، فإن فُقِدَت أو تلفت بتفريطه فهو ضامنه ، وعليه رد الرهن متى استوفى مطلوبه حتى المنفعة والنفقة ، فإن وضع الرهن عند غير الدائن تكفل بالحفظ والرد .

وواجب المدين دفع تكاليف حفظ الرهن النافعة والضرورية ، وتعويض الدائن فيما سبب له الرهن من خسارة كرهن حيوان مريض تفشى المرض بسببه في حيوانات الدائن فسبب له خسارة .

حق الدائن المرتهن :

للدائن المرتهن حق إمساك العين المرهونة حتى يقوم المدين بنفاذ التزاماته ، وحق أفضليته .

وحق إمساك العين المرهونة لا يتجزأ ؛ فللدائن حفظ كامل الرهن ما دام له شيء قليل من حقه . وليس للدائن حق الانتفاع بالرهن مطلقًا ؛ فإن انتفع به حسب ذلك من أصل الدين . فإن كانت له فائدة ضمت على الأصل لتسترد عند نهاية الرهن إلى المدين .

وحق أفضلية الدائن على غيره أنه إذا وجد دائنين ، وبيع الرهن استوفى الدائن المرتهن أولًا كامل حقه ، ولكن ليس له حق متابعة الرهن متى خرج من يده اختيارًا ، فإن سرق أو فقد ثم وجد في يد الغير فللدائن المرتهن استرداده في مدة ثلاث سنوات من واضع اليد ، حتى ولو كان حسن النية .

تحقيق الرهن :

القاعدة أن الرهن يجب أن يباع في المزاد العلني بإذن من المحكمة . ومع ذلك

يجوز للدائن أن يطلب من المحكمة تملك الرهن نظير ما يساوي من قيمة الدين ، فتحسب قيمته من الدين .

الاتفاق ممنوع في عقد الرهن على ثلاثة أشياء :

أولًا : الاتفاق على تملك العين المرهونة إلى الدائن الراهن متى جاء الأجل ، ولم يف المدين بالتزاماته لا يجوز .

ثانيًا : الاتفاق على تملك الرهن في نهاية المدة بثمن معين في عقد الرهن عند عدم الوفاء لا يجوز .

ثالثًا : الاتفاق على جواز بيع الرهن عند عدم الوفاء بالالتزامات بطريق الممارسة ، أو بدون إذن المحكمة لا يجوز .

منع القانون وضع هذه الشروط في العقد محافظة على المدين من الدائن الذي يستعمل الربا الفاحش تحت هذا الستار ، فيضطر الراهن إلى التسليم بذلك ، ولذلك جازت هذه الشروط إذا تحررت بعد عقد الرهن لثبوت أن المدين استعمل كامل حريته في التعاقد .

تلاشي الرهن :

الرهن يتلاشى كما يتلاشى الضمان إما بطريق النتيجة ، وإما مباشرة ، ومتى تلاشت الالتزامات تلاشى الرهن تبعًا لها . ويتلاشى الرهن مباشرة إذا تنازل عنه الدائن ورده إلى المدين ، أو إذا فقد الرهن نفسه ، أو إذا أساء المرتهن استعمال الرهن ، (تجاوز الحد القانوني) .

الرهن المفهوم (المقدر) : الرهن المقدر ، أو المفهوم هو الذي لم يذكر في عقد صريح ، لكن نتج من اتفاق مفهوم بين الدائن والمدين . وعلى هذا الأساس حدد القانون عدة مسائل يكون الرهن مفهومًا بين الطرفين ، وإن لم ينص عليه صراحة وذلك :

أولًا : في حالة الإيجار ، فإن منقولات المستأجر ضمان لإيجار العين المؤجرة ، وكذا في إيجار الأطيان .

ثانيًا : في إيجار نقل المتاع ، فإن المتاع المنقول ضامن لأجر النقل .

ثالثًا : في إيجار اللوكاندات والنزل للمسافرين بما يحملون من أمتعة ضامنة للإيجار [1] .

---

(1) انظر : البنود من 2071 إلى 2084 في الباب الأول ، من الكتاب السابع عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي . الجزء الثاني ص 152 – 155 .

بند [24] الضمان الحقيقي الرهن

التشريع الإسلامي : سار المشرع الوضعي على أن الرهن من قبيل الضمان ، وليس هذا من قبيل اصطلاح الفقهاء في التشريع الإسلامي . فإن الضمان هو : ضم ذمة إلى ذمة أخرى في الطلب كما سبق الإشارة إليه [1] ، وأن الرهن وإن كان حقيقة من قبيل الضمان لكنه ليس اصطلاحًا فقهيًا [2] ؛ لأن الرهن كما عرفه الفقهاء هو « شيء متمول عينًا ، أو عرضًا ، أو حيوانًا ، أو عقارًا ، أو منفعة أخذ من مالكه توثقًا به في دين لازم ، أو صائر إلى اللزوم » [3] .

وقد خصص التشريع الوضعي الرهن بالمنقول فقط [4] وسيأتي رهن العقار . والمشرع الإسلامي يرى أن الرهن يشمل كل شيء متمول منقولًا أو عقارًا أو منفعة .

والذي يمكنه التعاقد في الرهن هو كل مكلف شرعًا غير محجور عليه يصح له شرعًا التمليك والتملك [5] .

---

(1) عرف الفقهاء الضمان بأنه التزام مكلف غير سفيه دينًا على غيره ، أو طلبه من عليه لمن هو له بما يدل عليه . الشرح الصغير (172/3) .

(2) اعتبر الفقهاء الرهن وثيقة بالدين ، ونصوا على ذلك في تعريفهم للرهن . ويجري توثيق الديون والحقوق في الفقه الإسلامي بوسائل عديدة ، منها الكتابة والإشهاد والكفالة والحوالة والرهن ، فهذه جميعها وثائق بالدين أو الحق تفيد الضمان . ولذا فإن ذهاب المؤلف إلى المغايرة بين الرهن والضمان ليس صحيحا بهذا الإطلاق ، إذ يمكن القول بأن الرهن مفيد للضمان في الاصطلاح الفقهي ، بل إن الضمان للحق أو الدين هو الهدف من الرهن في التناول الفقهي ، وهو ما كان على المؤلف أن يصوغ عبارته في ضوء ذلك .

(3) يقول الدردير : « الرهن شيء متمول أي من الأموال كانت عينا أو عرضا أو حيوانا أو عقارًا ، كمنفعة ، أخذ من مالكه توثقًا به في دين لازم أو صائر إلى اللزوم » الشرح الصغير جـ 3 ص 121 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 272 . حاشية الرهوتي جـ 5 ص 264 .

(4) فرقت التشريعات المدنية العربية الموضوعة موضع التطبيق بين كل من الرهن الحيازي والرهن الرسمي . طبقا لما جاء في المادة 1030 مدني مصري ، والمادة 1285 عراقي والمادة 971 كويتي والمادة 1322 أردني ، هو « حق عيني يتقرر للدائن بمقتضى عقد على عقار مخصص لوفاء دينه ، فيكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار في أي يد يكون » . أما الرهن الحيازي فقد جاء تعريفه في المواد 1096 مصري ، 1087 مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية 1321 عراقي ، 1372 أردني « وهو حق عيني كذلك يتقرر للدائن بمقتضى عقد على منقول مخصص لوفاء دينه ، يسلم إليه أو إلى عدل يعينه المتعاقدان فيكون له بمقتضاه أن يحبس المنقول لحين استيفاء الدين وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء دينه من المقابل النقدي لذلك المنقول في أي يد يكون » .

(5) تناولت المادة 1032 مدني مصري ما يلزم توافره في الراهن ، ونصها : =

والذي يتعاقد في الرهن هو المدين ، أو وكيله ، أو أي شخص آخر غيرهما وولي القاصر وولي المحجور عليه . ومادة التعاقد في الرهن هي كل متمول منقولًا أو عقارًا والرهن يباع لسداد الدين إذا لم يف المدين بدينه سواء أكان منقولًا أو عقارًا . ويشترط لتحقيق الرهن وجود العين المرهونة تحت يد المرتهن ، أو تحت يد أمين [1] .

ويصح أن يكون عقد الرهن مكتوبًا كما يصح أن يكون بشهادة شهود ، فيوضح في المكتوب قيمة الدين المرهون فيه وأوصاف الرهن وما يساويه وقت الرهن ، والأجل المضروب للوفاء وأن يكون من صورتين إن كان المكتوب عرفيًا ، فإن كان إشهادًا فيكتفي بالأصل المسجل لجواز أخذ صورة منه لمن يريد . ولزم الرهن بالصيغة ؛ فللمرتهن مطالبة الراهن بالرهن ويقضى له به ، ولا يتم الرهن إلا بالقبض ، وقبل القبض يكون المرتهن أسوة بالغرماء ، وبعد القبض يختص به المرتهن دون الغرماء ، لأنه لا يباع الرهن لتجهيز المدين منه إذا مات .

واختلف علماء مذهب الإمام مالك ، هل لابد من لفظ صريح كرهنت أم لا ؟ فلو دفع رجل إلى آخر سلعة ولم يزد على قوله (أمسكها حتى أدفع لك حقك) هل تكون رهنًا بمجرد هذا اللفظ ، أو لابد من التصريح بالرهنية ؟ فقال أشهب [2] : « تكون رهنًا » ، وقال ابن القاسم [3] : « لا تكون رهنًا إلا بالتصريح » [4] .

وبما أن شرط تحقق الرهن نقل الرهن من يد الراهن إلى المرتهن أو الأمين ، فلو

= 1 - يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين ، كما يجوز أن يكون شخصًا آخر يقدم رهنًا لمصلحة المدين .
2 - وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكًا للعقار المرهون وأهلًا للتصرف فيه .
انظر المذكرة الإيضاحية ص 417 . (1) الشرح الصغير (123/3) .

(2) أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم ، الإمام ، مفتي مصر ، أبو عمرو القيسي العامري المصري الفقيه . سمع مالك بن أنس ، والليث بن سعد ، ويحيى بن أيوب ، وسليمان بن بلال ، وحدث عنه الشافعي ، وقال عنه : ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه . كان أشهب على خراج مصر ، وكان صاحب أموال وحشم . توفي سنة 204 هـ وكان مولده سنة أربعين ومائة سير أعلام النبلاء 323/8 ، 324 ، شذرات الذهب 12/2 .

(3) ابن القاسم سبق ترجمته .

(4) من أركان الرهن الصيغة ، وظاهرها ما يكفي للدلالة على الرضا ، وقال ابن القاسم : لابد فيها من اللفظ الصريح » الشرح الصغير (121/3) . وقد اشترطت القوانين العربية المعاصرة في الرهن الرسمي توثيقه بورقة رسمية . وهذا هو ما نصت عليه المواد 1031 مدني مصري ، 1286 عراقي ، 1323 أردني ، 972 كويتي ، 1034 مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية . ولا يبعد اشتراط ذلك عما قررته القواعد العامة للشريعة التي قصدت إلى حفظ الأموال وندبت إلى كتابة الالتزامات والديون المؤجلة . وبهذا فإنه لا يكتفى بالتصريح لإنشاء الرهن وإنما يلزم توثيقه بوثيقة رسمية .

جالت فيه يد الراهن بطل الرهن ، ويبطل الرهن :

1 – إذا وجد شرط في عقد الرهن مناف للرهن كأن لا يقبضه أولا يبيعه عند الأجل .

2 – إذا كان الرهن في بيع فاسد إلا أن يفوت ففي عوضه .

3 – إذا جعل الرهن في قرض جديد مع دين قديم واختص به الجديد .

4 – إذا حصل مانع كموت الراهن ، أو فلسه ، أو جنونه ، أو مرضه المتصل بموته قبل حوزه ولو جَدَّ فيه .

5 – إذا أذن المرتهن للراهن في سكنى دار مرهونة ، أو في إجارة لذات مرهونة عقارًا ، أو حيوانًا ، أو عروضًا ولو لم يفعل .

6 – إذا أذن ببيع الرهن وسلمه للراهن ، وبإعارة الرهن لراهنه ، ويتم البطلان إن فات بنحو بيع كهبة وصدقة وحبس (وقف) ، فإن لم يفت فللمرتهن أخذه بالقضاء [1] .

وبما أن الرهن جعل للتوثق فقط في دفع المدين دينه ، فلا مانع من أن يكون سند الدين رهنًا في دين آخر؛ لأن الرهن ليس بيعًا للدين ولا تحويلًا ولا تنازلًا للغير ، فلا يشترط إذن المدين في رهن سند ولا في رهن نفس الدين .

نتائج الرهن :

ينتج عن الرهن التزامات للدائن المرتهن ، وللمدين الراهن .

أولًا – ما يلزم الدائن المرتهن : يجب على الدائن المرتهن حفظ الشيء المرهون ورده لصاحبه عند سداد الدين أو الوفاء بالالتزام [2] . فإن فقد أو تلف الشيء

---

(1) يقول الدردير : « وبطل الرهن بمعنى العقد بشرط مناف لما يقتضيه العقد ، إذ القاعدة أن كل عقد شرط فيه شرط مناف لما يقتضيه مفسد له كأن شرط ألا يقبضه ، أو شرط أن لا يبيعه عند الأجل » . الشرح الصغير جـ 3 ص 124 ، الكافي لابن عبد البر ص 410 .

(2) تناولت المادة 1103 ، 1106 من مشروع القانون المدني المصري الواجب على المرتهن في حفظ الرهن والعناية به وإدارته ، ونص المادة 1103 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ما يأتي : – « إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ، مالم يثبت أن ذلك يرجع بسبب أجنبي لا يد له فيه » . ونص المادة 1106 « يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون ، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية مايبذله الرجل المعتاد ، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن ... » .

المرهون فحكمه كالآتي :

1 - إن كان الرهن مما يغاب عليه أي يمكن إخفاؤه ، فيضمن المرتهن متى كان الرهن بيده ، وادعى ضياعه أو تلفه أو رده وأكذبه الراهن ، ولم تقم على هلاكه بينة ، وذلك كالحلي والثياب والسلاح [1] .

2 - وإن كان مما لا يغاب ، عليه كالحيوان وادعى ضياعه أو تلفه أو رده ، فإنه يصدق ولا ضمان عليه ما لم يكن قد قبضه ببينة مقصودة للتوثق ، وإلا فلا يصدق إلا ببينة تشهد على ذلك [2] .

فلو شرط البراءة من الضمان ، فلا ينفعه شرطها في غير رهن متطوع به وهو المشترط في العقد ، أو علم احتراق محله وادعى احتراقه أو سرقة محله ، وادعى أنه سرق من جملة متاعه فيضمن ولا ينفعه ذلك إلا بقاء بعضه ، وإلا بأن كان بيد أمين ، أو كان مما لا يغاب عليه ، أو قامت على ضياعه بينة ، أو كان متطوعًا به بعد العقد ، واشترط عدم الضمان ، أو عُلِم احتراق بعضه وبقاء البعض فلا ضمان ، ولو اشترط ثبوته إلا أن تكذبه البينة [3] .

وحلف المرتهن في ضمانه ، وفي عدم ضمانه متى طلب يمينه الراهن قائلًا : (لقد ضاع ، أو تلف بلا تفريط منه ، أو إنه لا يعلم موضعه) [4] .

كل هذا التفصيل إذا كان الرهن بيد المرتهن ، فإن كان بيد أمين فلا ضمان عليه إلا إذا فرط أو أهمل [5] ، فنتج عن تفريطه أو إهماله ضياع الرهن أو تلفه ، وهو التشريع الوضعي المأخوذ عن الفقه الإسلامي . وإن سلم الأمين الرهن للراهن

---

(1) وضمن مرتهن إن كان الرهن بيده ، وهو مما يغاب عليه أي يمكن إخفاؤه عادة كالحلي ، والثياب ، والسلاح ، والكتب ولم تقم على هلاكه بينة إلا إن قامت . الشرح الصغير (133/3) .

(2) إن كان مما لا يغاب عليه ، أو قامت على ضياعه بينة فلا ضمان على المرتهن . الشرح الصغير (133/3) .

(3) يقول الدردير : « وضمن الرهن مرتهن إن كان الرهن بيده ، وهو مما يغاب عليه أي يمكن إخفاؤه عادة كالحلي والثياب والسلاح والكتب لا إن كان بيد أمين ، أو كان مما لا يغاب عليه كالحيوان ، وادعى ضياعه ، أو تلفه » . الشرح الصغير جـ 3 ص 133 .

(4) وحلف المرتهن مطلقًا في ضمانه ، وعدم ضمانه أي للراهن تحليفه أنه ضاع ، أو تلف بلا تفريط منه ، ولم يعلم بموضوعه . الشرح الصغير (133/3 ، 134) .

(5) قاعدة : إذا كان الرهن بيد المرتهن فلا ضمان عليه إلا إذا أتلف أو أهمل .

بلا إذن من المرتهن ضمن الأقل من الدين أو قيمة الرهن .

وإن سلمه للمرتهن وتلف عنده ضمن القيمة للراهن [1] ، فإن كانت قدر الدين سقط الدين ، وبرىء الأمين ، وإن زادت على الدين ضمن الزيادة للراهن ، ورجع بها على المرتهن إلا لعدم تفريطه (ولا فرق هنا بين ما يغاب عليه ، وما لا يغاب عليه ؛ لأن الأمين والمرتهن متعديان) .

ومتى رد الرهن بعد سداد الدين ، أو الوفاء بالتزاماته رد معه ما نتج [2] عنه من فائدة ونتاج وأرباح وغلة الخ بدون أخذ شيء من ذلك إلا إذا اشترط المنفعة لنفسه في رهن دين غير قرض وكانت المدة محددة ، كما سيأتي :

وتكاليف حفظ الرهن النافعة والضرورية فيها التفصيل الآتي :

أولًا : إن كان الرهن عند أمين فنفقة حفظ الرهن على الراهن يرجع بها عليه ، إلا لشرط أو عرف فيعمل بهما ، وليس الشيء المرهون رهنًا في نفقته إلا لشرط فيعمل به .

ثانيًا : إن كان الرهن عند المرتهن ، فإما أن يكون الإنفاق على نحو شجر وزرع خيف عليه التلف بعدم سقيه والإنفاق عليه ، وامتنع الراهن من الإنفاق ولم يأذن للمرتهن في

---

(1) يد المرتهن على العين المرهونة يد أمانة عند الشافعية والحنابلة ، فلا يضمنها المرتهن إن هلكت في يده إلا بتفريطه أو تعديه ، لحديث « لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه » . ولأنه لو كانت يده يد ضمان لامتنع الدائنون عن أخذه فتتعطل المداينات ، وفيه ضرر عظيم . حاشية قليوبي وعميرة 275/2 وكشاف القناع 341/3 والإنصاف 155/5 ونهاية المحتاج 181/4 . وذهب الأحناف إلى أن يد المرتهن يد ضمان ، فيضمن إن هلك الرهن الأقلَّ من قيمته ومن الدين . واستدلوا بحديث الرجل الذي رهن فرسا فنفق في يده فقال رسول اللّه ﷺ للمرتهن « ذهب حقك » فتح القدير : 70/9 . وفرق المالكية بين ما يغاب عليه من الأموال التي يمكن إخفاؤها كالحلي وبين ما لا يغاب عليه من الأموال الظاهرة كالحيوان ، واعتبروا يد المرتهن يد ضمان فيما يغاب عليه من الأموال ، خلافا لما لا يغاب عليه من الأموال فيده عليها يد أمانة فلا يضمنها إلا بتعديه أو إهماله وتفريطه . بداية المجتهد 247/2 وحاشية الدسوقي 253/3 . وهو ما تناولته المادة 1103 من القانون المدني المصري التي نصت على أنه إذا تسلم المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته عناية الرجل المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه مالم يثبت أن ذلك راجع لسبب أجنبي لا يد له فيه » .

(2) زوائد الرهن ونماؤه للراهن عند المالكية وينوب عنه المرتهن في تحصيلها ، حتى لا تجول يد الرهن في الرهن ، مما قد يؤثر في حق المرتهن . ويجوز للمرتهن الانتفاع بالمرهون بشروط في المذهب ، منها اشتراط ذلك في صلب العقد ، وألا يكون المرهون به دين قرض وأن تحدد مدة الانتفاع . حاشية الدسوقي 246/3 وانظر مذهب الأحناف في حاشية ابن عابدين 310/5 ويقترب ما أخذت به المادة 1104 وما بعدها مدني مصري من المذهب المالكي . ويقابلها المواد 1340 مدني عراقي ، 1038 كويتي ، 1393 أردني ، 1099 مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية .

ذلك ، بدأ بما أنفق في الثمر والزرع فتقدم على الدين ، ولا تكون دينًا في ذمة الراهن [1] .

وإما أن يكون الإنفاق على غير ذلك فيرجع المرتهن على الراهن بما أنفق في ذمة الراهن ولو لم يأذن له فيه ، وليس الرهن رهنًا فيها إلا أن يصرح بذلك في عقد الرهن .

وهل يجبر الراهن على الإنفاق على الشجر والزرع مطلقًا ، ولو اشترط في صلب العقد أو لا يجبر ؟ خلاف . ولو تسبب عن الرهن ضرر للمرتهن وكان سببًا مباشرًا فإن الراهن يضمن للمرتهن هذا الضرر .

ثالثًا : حق الدائن المرتهن : للدائن المرتهن حق إمساك العين المرهونة حتى يتم السداد كلية ، فلو قضى المدين بعض الدين ، أو أسقط الدائن بعضه ، أو سقط البعض لأي سبب ، فجميع الرهن فيما بقي إلا أن يتعدد الراهن ، أو المرتهن فينظر حينئذ في تخليص بعض المرهون نظير ما يقابله من الدين .

وليس للدائن حق الانتفاع بالرهن استعمالاً ، ولا فائدة ، ولا ثمرة فإن انتفع به حُسِبَ ذلك من أصل الدين إلا بشرط كما سيأتي . ويدخل في الرهن ويضم لأصله صوف تم وقت الرهن ، فإن لم يتم فللراهن أخذه بعد تمامه ، واندرج جنين وقت الرهن وبعده وفرخ النخل على أن يرد للراهن عند رد الرهن .

حق أفضلية الدائن المرتهن : الدائن المرتهن مقدم على الدائن العادي فيقضى دينه أولًا من ثمن الرهن ، فإن بيع الرهن بعد أن قبضه المرتهن مضى البيع إن باعه بمثل الدين فأكثر ، والدين عين أو عرض من قرض وإلا فله الرد . ومتى أجاز المرتهن بيع الرهن تعجل دينه من ثمنه مطلقًا .

فإن خرج الرهن من يد المرتهن ، فإما أن يكون بإذنه ، أو بدون إذنه ، فإن خرج

---

(1) إن أنفق المرتهن علي رهن نحو شجر ونحوه الزرع خيف عليه التلف بعدم سقيه ، والإنفاق عليه ، وامتنع الراهن من الإنفاق رجع عليه بما أنفق ... إلخ . الشرح الصغير (132/3) . وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى تحمل الراهن مؤنة المرهون كعلف الدابة وسقي الزرع والثمار وأجرة مكان الحفظ والحارس ورعي الماشية ، وذلك لأن المرهون ملك الراهن فوجب عليه غرمه وتحمل نفقته . حاشية الدسوقي 251/3 وكشاف القناع 333/3 ونهاية المحتاج 279/4 . وذهب الأحناف إلى أن تكلفة الإنفاق لمصلحة الراهن كعلف الدابة عليه ، وما كان لمصلحة المرتهن كحفظ المرهون وحراسته عليه . حاشية ابن عابدين 316/5 . وقد جاءت المادة 1116 مدني مصري بإلزام المرتهن بالإنفاق على المرهون على أن يستنزل ذلك من ثمن الرهن ، مما يؤول إلى إيجاب نفقة المرهون على الراهن ، ويتفق ذلك مع ما جاءت به المواد 1404 أردني ، 1344 عراقي ، 1069 سوري .

بإذنه فلا حق له في استرجاعه كرهن ، فإن الرهن يبطل بإذنه في سكنى دار مرهونة أو في إجارة للرهن متى كان المأذون له هو الراهن . فإن كان الإذن بذلك لغير الراهن ، فلا يبطل الرهن ولكن قيمة الإيجار تكون للمالك ، وإن كان الخروج من يده بغير إذنه تم بطلان الرهن إن فات بنحو بيع أو هبة أو صدقة أو وقف ، فإن لم يفت فللمرتهن أخذه قضاء ، ويقضى به له .

وللمرتهن متابعة رهنه في يد الغير فهو أحق به خصوصًا إذا سرق أو اغتصب [1] .

والعبرة في استرداد الرهن وعدم استرداده هو الفوت وعدمه كما مر في الغصب .

حق تملك منفعة الرهن : منفعة الرهن أصالة للراهن أيا كانت . غير أنه استثناء من هذه القاعدة يجوز للمرتهن اشتراط المنفعة لنفسه [2] ، كشرط سكنى منزل مرهون ، أو ركوب دابة مرهونة ، أو خدمة رقيق مرهون مثلًا . ولكن يشترط لجواز ذلك شرطان :

الأول : أن تكون المنفعة المشترطة معينة بزمن أو عمل .

الثاني : أن يكون الرهن في دين بيع أو ما أشبهه لا في دين قرض [3] .

ويمكن معرفة الحكم من التقسيم الآتي :

إن منفعة الرهن إما أن تكون مدتها معينة أو غير معينة ، وإما أن يشترطها المرتهن أو يتطوع بها الراهن عليه ، وإما أن يكون الرهن في عقد بيع أو قرض .

فأخذ المرتهن لها في رهن القرض ممنوع في صوره الأربع وهي معينة أم لا مشترطة أو متطوع بها . وفي رهن البيع في ثلاث ؛ إذا كان متطوعًا بها معينة أم لا أو مشترطة ولم تعين والجواز في واحدة ، وهي ما إذا اشترطت وكانت معينة .

وجاز شرط المنفعة المعينة بزمن أو عمل على أن تحسب من الدين في بيع أو

---

(1) يقول الدردير : « وجاز لمرتهن شرط منفعة في الرهن كسكن أو ركوب أو خدمة بشرطين أشار لهما بقوله : عينت بزمن أو عمل للخروج من الجهالة في الإجارة ببيع فقط لا قرض .. » الشرح الصغير جـ 3 ص 129 . وقد تقدمت الإشارة إلى مذاهب الفقهاء في استحقاق المنفعة واشتراطها .

(2) قاعدة : يجوز للمرتهن اشتراط المنفعة لنفسه مدة معينة ، أو في عقد بيع أو قرض .

(3) وجاز شرط منفعة في الرهن كسكنى أو ركوب أو خدمة بشرطين :

1 - عينت بزمن أو عمل . 2 - ببيع أي في دين بيع فقط ، لا قرض .

الشرح الصغير (128/3 ، 129) .

قرض [1] ، وكذا إذا وقعت بعد العقد بخلاف المتطوع بها بعد العقد .

تحقيق الرهن : متى فات أجل الدين واستحق الالتزام الوفاء وجب أداء الالتزام . فإن أداه المدين أخذ رهنه ، وإن لم يؤد بيع الرهن واستوفى الدائن حقه [2] قبل الدائنين [3] الآخرين غير المرتهن ، فإن كانوا جميعًا مرتهنين قدم الأول فالأول .

ويباع الرهن على النحو الآتي :

أولًا : إن كان الرهن عند أمين فللأمين بيع الرهن في الدين إن أذن له الراهن بذلك ، ولو في العقد سواء أكان بيعه قبل الأجل أو بعده ؛ لأنه وكيل عن الدائن الراهن . فإن أذن الراهن للأمين ببيع الرهن ، وقال له : (إن لم آت بالدين وقت كذا فبعه) ، فلا يجوز له البيع ولا بد من إذن الحاكم لما يحتاج إليه من إثبات الغيبة أو العسر أو المطل .

ثانيًا : إن كان الرهن عند المرتهن فيجوز للمرتهن بيع الرهن ، إن أذن له الراهن بعد العقد لا في حال العقد ؛ لأن الإذن الواقع في العقد كالإكراه لضرورته فيما عليه من الحق فإذنه كلا إذن [4] .

فإن قيد إذن البيع بقوله : (إن لم آت بالدين وقت كذا فبعه) مثلًا ، فلا يجوز للمرتهن بيع الرهن إلا بإذن الحاكم ، وهذا هو التشريع الوضعي .

ثالثًا : إن كان الرهن عند أمين أو كان عند المرتهن ، ولم يأذن لهما بالبيع باع الحاكم الرهن متى امتنع ربه من بيعه بعد الأجل ومن وفاء الدين ، وكذلك يبيع الحاكم إن غاب الراهن أو مات .

---

(1) قاعدة : متى فات أجل الدين واستحق الالتزام الوفاء وجب أداء الالتزام فإن أداه المدين أخذ رهنه ، وإن لم يؤده بيع الرهن واستوفى الدائن حقه .

(2) الشرح الصغير (128/3 ، 129) .

(3) هذا محل اتفاق بين الفقهاء . انظر : المغني لابن قدامة 447/4 ونهاية المحتاج 274/4 وكشاف القناع 342/3 وابن عابدين 95/5 – 310 . ويتفق هذا بوضوح مع ما جاء في المواد 1056 مدني مصري ، 1304 عراقي ، 1000 كويتي 1348 أردني . وتتفق نصوص هذه المواد مع ما جاء في المادة 757 من مجلة الأحكام العدلية ، والمادتين 1009 و 1010 من مرشد الحيران . ونص المادة 757 من المجلة العدلية أنه : « إذا حل أجل الدين وامتنع الراهن من أدائه فالحاكم يأمره ببيع الرهن وأداء الدين ، فإن أبى وعاند باعه الحاكم وأدى الدين » .

(4) يقول الدردير : « وإن أجاز المرتهن بيع الرهن تعجل دينه من ثمنه مطلقا » الشرح الصغير جـ 3 ص 131 ، الكافي ص 410 .

ولا يحكم القاضي للمرتهن ببيع الرهن إذا غاب أو مات ، إلا إذا ثبت عنده الدين ومِلكُ الراهن له ، وتحليفه مع ذلك أنه ما وهب دينه ولا قبضه ولا أحال به ، وأنه باق عليه إلى حين قيامه .

ومجمل القول أن الراهن إما أن يأذن ببيع الرهن للأمين أو للمرتهن في نفس العقد ، أو بعده ، وفي كل إما أن يطلق أو يقيد (فالصور ثمان) ، فإن وقع منه الإذن للأمين في العقد أوبعده وأطلق جاز له البيع بلا إذن ، وإن قيد فلا بد من الرفع للحاكم ، وإن أذن له في حالة العقد ، فلابد من الرفع قيد أو أطلق ، ومتى باع الحاكم وجب أن يكون بالمزاد العلني ، وحينئذ يجوز للدائن المشتري كآحاد الناس ، ويكون دينه ثمنًا للرهن حسب ما يساوي ، ويدفع الباقي إن زاد ويرجع بباقي دينه إن نقص عن الدين .

ولا يجوز الاتفاق على تملك العين المرهونة نظير الدين متى جاء الأجل ، ولم يف بل يجب أن يباع الرهن بطريق المزايدة العلنية [1] .

وقد منع التشريع الإسلامي الإذن للمرتهن ببيع الرهن في حال العقد ، وأجازه بعده ؛ لأن الإذن الواقع في العقد إكراه للمدين لضرورته فيما عليه من الحق ، فإذنه كلا إذن . وقد أخذ التشريع الوضعي نفس هذا الحكم مع علته عن التشريع الإسلامي ؛ فنص على أن الاتفاق على تملك الرهن في نهاية المدة أيًا كان ممنوع في العقد جائز بعده ، وذلك محافظة على المدين من الدائن ، فإن تحررت الشروط بعد العقد جاز ؛ لأن المدين قد استعمل كامل حريته في التعاقد .

ولا يمكن أن يقال إن التشريع الإسلامي أخذ عن التشريع الوضعي لسبق التشريع الإسلامي يوم أن كان التشريع الوضعي معدومًا .

تلاشي الرهن : يتلاشى الرهن إما بحكم تلاشي الدين فيكون تلاشيه تبعًا ، فمتى أدى الالتزام فقد وجب إرجاع الرهن لربه ، وقد يتنازل عنه المرتهن فيبقى الدين بلا

(1) قاعدة : لا يجوز الاتفاق على تملك العين المرهونة نظير الدين متى جاء الأجل ولم يف ، بل يجب أن يباع الرهن بطريق المزايدة العلنية . وهذا تفسير لحديث الرسول ﷺ : « لا يغلق الرهن » أي لا يخرج عن ملكية صاحبه إلى المرتهن إذا عجز الراهن عن الوفاء بدينه . وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 1052 مدني مصرى ، والمادة 1055 مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة 1301 عراقي والمادة 992 كويتي . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 858 من مرشد الحيران . ومعنى أن الرهن لا يغلق أن المرهون لا يتملكه المرتهن بالدين . وذلك لأن الرهن للاستيثاق ، ويؤدي هذا الشرط إلى بيع المرهون بالدين . انظر بدائع الصنائع 373/8 والمغني لابن قدامة 430/4 .

رهن ، ولو ادعى المرتهن رد الرهن وأنكر ربه لم يقبل من المرتهن ويضمن .

واستمر الضمان عليه إن قبض الدين أو وهب له حتى يسلمه لربه ، ولا يكون كالوديعة ؛ لأنه قبض على وجه التوثيق ، إلا أن يحضره المرتهن لربه أو يدعوه لأخذه فيقول ربه : دعه عندك ، أو ما في معناه ثم ادعى ضياعه فلا يضمن ؛ لأنه صار بعد البراءة من الدين ، وبعد إحضاره لربه أو طلبه لأخذه محض أمانة (1) .

ولو اختلفا في مقبوض فقال الراهن : هو عن دين الرهن ، وقال المرتهن : هو عن غيره ؛ حلف كل منهما على طبق دعواه ، ونفي دعوى صاحبه ووزع على الدينين كأن نكلا .

الرهن المفهوم : هذا النوع من الرهن موجود في التشريع الإسلامي ، ولكنه ليس مبوبًا فأعطي أحكام هذا الرهن في عدة مسائل ، ففي الواقع لا يشترط في الرهن قول كما سبقت الإشارة إليه في الخلاف بين الإمام أشهب والإمام ابن القاسم ؛ ولهذا كان الرهن مفهومًا بين الطرفين ، وقدر المشرع وجوده فعلًا بين الطرفين ورتب عليه أحكامه بدون نص عليه وذلك :

أولًا : حالة إيجار المساكن والحوانيت وما أشبهها ، فإن ما بها من أثاث أو متاع ضمان لما يستحق من الإيجار .

ثانيًا : إيجار الأرض : فإن ما بها من زرع وماشية كرهن نظير الإيجار حتى يستوفي منه حصة السنة المزروعة وما قبلها .

ثالثًا : ما تحت يد الصانع : فإن ما تحت يد الصانع في منزل الصنعة يعتبر رهنًا حتى يستوفي منه أجرته .

رابعًا : الدواب والسفن المكتراة للحمل ، ربها أحق بحمل الدابة والسفينة . حتى يستوفي أجرة دابته أو سفينته ما دام الحمل تحت يدي رب الدابة أو السفينة ويظهر هذا الرهن المقدر جليًا في حالة إفلاس من عليه الأجر من استئجار ، فإن الصانع أحق بما تحت يده . وصاحب الدار والحانوت أحق بما فيهما من أثاث ومتاع . ورب الدابة والسفينة أحق بالحِمل في أجرته

---

(1) ينقضي الرهن في الفقه الإسلامي بانقضاء الدين ، لأنه تابع له ، ولذا لو عاد الدين كما لو كان الوفاء باطلا يعود الرهن كما كان . وينقضي الدين بإبراء الدائن الراهن من دينه فينقضي الرهن كذلك . لكن لا ينقضي الرهن بوفاة الراهن أو المرتهن ، وهو ما جاء في المادة 733 من مجلة الأحكام العدلية و 993 من مرشد الحيران . وقد تناولت أسباب انقضاء الرهن المواد : 1364 – 1371 مدني أردني ، و 1082 – 1085 مدني مصرى ، و 1079 – 1086 مشروع المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

دون بقية الغرماء ؛ وما ذاك إلا لأن من ذكر معتبرُ مرتهنًا فهو مقدم على غيره .

لهذا كان الرهن المقدر تشريعًا إسلاميًا دمًا ولحمًا ، وإن كان غير مبوب له في باب مخصوص [1] .

بند [25] الرهن العقاري المودع تحت يد المرتهن

القانون الفرنسي : الرهن العقاري المودع تحت يد المرتهن لاستغلاله : هو عقد به يضع مدين عقارًا تحت يد دائنه حتى يتم دفع جميع الدين مع إباحة الراهن إلى المرتهن استغلاله ، واحتساب الغلة من فوائد الدين ، واحتياطيًا ، واحتسابها من أصل الدين .

هذا الرهن قليل الاستعمال ؛ لأنه يحرم المدين الانتفاع بعقاره ، فيقبل المدين الرهن المعروف في العقار دون هذا .

والشرط الوحيد في هذا الرهن هو وضع العين المرهونة تحت يد المرتهن وعدم تمكين الراهن منها ، ويجب أن يكون العقد تحريريًا مهما كانت قيمة الدين ، أو الرهن أمام مسجل العقود ، أو مكتوبًا عرفيًا ليكون دليلًا عند التنازع ، ويجب تسجيل العقد بسجل حفظ الرهون ، وإلا لا يصح أن يعارض الشخص الثالث به .

نتائج الرهن :

هذا الرهن يمنح الدائن حق الاستغلال ، وحق التمسك بالرهن حتى يتم دفع دينه ، يعني أن للدائن حق الاستغلال واحتساب ما يقبضه سنويًا من الفائدة إن كانت مستحقة ، وإلا فيحسب من رأس المال ، ويصح أن يتفقا علي جعل الغلة في فائدة الدين .

---

(1) يتضح من الأمثلة التي ساقها المؤلف أن مصطلح « الرهن المفهوم » أو « الرهن المقدر » هو ما يناقش في اصطلاحات القوانين المدنية تحت عنوان حقوق الامتياز ، وهي حقوق عينية تبعية تخول للدائن أسبقية على غيره من الدائنين في اقتضاء حقه مراعاة لصفته . وعلى الرغم من أن الفقه الإسلامي لم يحدد حقوق الامتياز كحق عيني تابع في الفقه الإسلامي كما هو الحال في القوانين الحديثة فقد تناول هذا الفقه بعض هذه الحقوق على نحو متناثر ، وإن كان هذا التناول من الوضوح ، بحيث لا يصعب معه استخلاص القواعد العامة المتعلقة بهذه الحقوق . ومن ذلك تقديم دين الزكاة على غيره من الديون في المذهب الشافعي (الأم 13/3) ، وتجهيز الميت ، وتقديم النفقة الضرورية للمفلس ولمن يعول على حقوق الغرماء وقد جاء في المادة 1043 مدني مصري أن لأجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك امتيازا على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز . والموضوع بحاجة إلى دراسة أعمق من وجهة الفقه الإسلامي .

وعلى الدائن المرتهن دفع أموال الحكومة السنوية ، وإصلاح وترميم العقار بما يحفظ كيانه ، إلا إذا كان هناك شرط يخالف ذلك .

وللراهن حق حبس العين المرهونة تحت يده حتى يتم استيفاؤه لدينه . وله معارضة الراهن وغيره من راهن آخر ، أو مشتر متى سجل رهنه أولًا ، وعلى من يريد استيلاءه على الرهن أن يدفع مطلوبه من أصل وفوائد ، وليس له أفضلية على الدائنين الآخرين في ثمن العين المرهونة بل يقاسم غيره في ثمنها ، فقط له حبس العين وعدم تسليمها حتى يستوفي حقه .

ولا يمكن تحقيق الرهن ببيعه إلا بمزاد علني ، ولا يمكن للمحكمة أن تجيز له تملكه إلا بعد تعيينه وتقديره بمعرفة خبير .

حق حبس العين نظير الدين :

حق حبس العين : هو حق ثابت للدائن الذي تحت يده أملاك من مدينه ، وله أن يرفض ردها إليه ، أو إلى من تلقوا عنه ملكيتها حتى يتم استيفاؤه جميع مطلوبه .

ومأخذ هذا الحق ناحيتان : الاتفاق ، والقانون .

فحق الحبس الاتفاقي في رهن المنقول ورهن العقار مع إباحة استغلاله للراهن .

وأما حق الحبس القانوني فهو :

أولًا : في حالة الفرز والتخصيص لصالح الشخص الذي يكون ملزمًا بإرجاع المواد التى صنعت إلي صاحبها .

ثانيًا : لصالح الوارث الذي ضم عقارًا إلي الميراث موهوبًا له من المتوفى .

ثالثًا : لصالح البائع الذي باع شيئًا أيًا كان بالنقد أو لأجل في بعض الأحوال .

رابعًا : لصالح المشتري الوفائي متي أراد البائع استعمال حقه في استرجاع المباع .

خامسًا : لصالح مستأجر أخرج من العين المؤجرة تنفيذًا لشرط في العقد بعد بيع العين المؤجرة .

سادسًا : لصالح المستودع عنده الأمانة الذي أنفق لصالح الأمانة .

سابعًا : لصالح واضع اليد على منقول ضائع ، أو مسروق اشتراه في سوق عام ، أو عند تاجر يبيع أمثال هذا المنقول .

ثامنًا : لصالح مالك نُزِعت ملكيته للصالح العام .

نتائج حق حبس العين : للدائن حق حبس العين المسلَّمةِ إليه ضمانًا لحقه حتى يستوفي جميع مطلوبه من أصل وتوابع . وليس له أفضلية السداد قبل بقية الدائنين متي بيع الرهن ، بل يكون بنسبة دينه حتى مع المداين العرفي .

هل حق حبس العين المرهونة حق عيني ؟ قال بذلك بعض العلماء ؛ لأنه حق الحبس حتى يتم الدفع ، ولأنه حق يعارض كل أحد . وقال آخرون : « إنه حق شخصي مستثنى فليس حقًّا عينيًا » [1] .

بند [26] الرهن العقاري

التشريع الإسلامي : الرهن العقاري كما عرفه المشرعون الوضعيون من أنه عقد به يضع مدين عقارا تحت يد دائنه حتى يتم دفع جميع الدين مع إباحة الراهن إلى المرتهن استغلاله ، واحتساب الغلة من أصل الدين وهذا هو رهن عقاري [2] يجوز شرعًا والذي يباشر قبض الإيجار ، أو جمع الغلة هو المرتهن لا الراهن ، فإن جالت يد الراهن في الرهن بطل الرهن ، وتولاها المرتهن له بإذنه قطعًا للمنازعة في المستقبل [3] .

والشرط في كل رهن هو وضع العين المرهونة عقارًا أو غيره في يد غير يد الراهن : إما في يد أمين أو في يد المرتهن . فإن عاد ليد الراهن أو بقي الرهن فيها بطل الرهن ، ولا يشترط أن يكون العقد مكتوبًا إلا إذا أمر الحاكم بذلك فيجب ؛ لأنه للمصلحة العامة . ومتي ثبت بالبينة الرهن عارض الشخص الثالث . وكل ما

---

(1) انظر : البنود من 2085 إلى 2091 في الباب الثاني ، من الكتاب السابع عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، جـ 2 ص 155 – 157 .

(2) تناولت المادة 1030 وما بعدها من القانون المدني المصري موضوع الرهن الرسمي الذي يكون الرهن فيه عقارا ، ولا تنتقل الحيازة فيه من يد الراهن إلى المرتهن . وإنما أصبح هذا الرهن ممكنا في العصر الحديث بعد ضبط ملكية العقارات وإنشاء نظام الشهر العقاري ، فأمكن معه غل يد المدين عن التصرف في العقار المرهون ، دون حاجة إلى نقله من حيازة الراهن إلى المرتهن . ولهذا لم يتردد الفقهاء المحدثون في قبول الرهن الرسمي واعتباره متفقا مع القواعد الفقهية العامة . ونص المادة 1030 من القانون المدني المصري هو : « الرهن الرسمي عقد به يكتسب الدائن على عقار مخصص وفاء دينه حقًّا عينيًا ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ملك العقار في أي يد يكون » .

(3) يقول الدردير : « الرهن شيء متمول أي من الأموال كانت عينًا أو عرضًا أو حيوانًا أو عقارًا أو غيرهم كمنفعة أخذ من مالكه توثقا به » الشرح الصغير جـ 3 ص 121 .

يأخذه المرتهن من الرهن يعتبر من الدين ويحسب منه ، ولا يصح أن يأخذ فائدة إطلاقًا ؛ لأن هذا ممنوع شرعًا .

وعلى الدائن المرتهن سداد مطلوب الحكومة واحتسابه من ريع وإيراد الرهن ، وعلى المرتهن إصلاح الرهن واحتسابه على الراهن إلا لشرط بين الطرفين فيعمل به [1] .

والمرتهن أحق بالسداد من ثمن الرهن قبل الدائنين الآخرين ، وإلا فما معنى الرهن ؛ فلا يقاسمه غيره في الثمن حتى يستوفي حقه ، وله حبس العين المرهونة حتى يتم الوفاء .

ويمكن تحقيق الرهن ببيعه بطريق المزاد العام كما سبق بيانه ، ويجوز للمرتهن الشراء كأي شخص آخر في المزاد العام ، ويباع الرهن إما بالحاكم وإما بالأمين وإما بالمرتهن كما سبق بيانه .

حق حبس العين نظير الدين : هذا الحق خوله المشرع الإسلامي للدائن ، لكن ليس على إطلاقه . وقد ينشأ هذا الحق عن اتفاق بين المتعاقدين ، كما إذا اشترى شيئًا بثمن حالّ ، واشترط البائع إبقاء المبيع حتى يدفع له الثمن .

وللمرتهن حق حبس الرهن عقارًا أو منقولًا حتى يستوفي ماله عند مدينه [2] .

وللصانع حق حبس العين المصنوعة للغير حتى يستوفي أجرة صناعته ، وأما الوارث الموهوبة له من المورث فهو ممنوع في التشريع الإسلامي ؛ لأن القاعدة أنه لا هبة لوارث [3] .

والبائع الذي باع شيئًا بالنقد حالًّا له حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، ولو لم

---

(1) يقول ابن رشد : « فأما شروط الصحة المنطوق بها في الرهن فشرطان : أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف في الجهة التي هو بها شرط وهو القبض . والثاني مختلف في اشتراطه . فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن » بداية المجتهد جـ 2 ص 274 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 122 وما بعدها .

(2) جاء في بداية المجتهد (275/2) قوله : « أما حق المرتهن في الرهن ، فهو أن يمسكه حتي يؤدي الراهن ما عليه ، فإن لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه إلى السلطان ، فيبيع عليه الرهن ، وينصفه منه .

(3) القاعدة التي يحتمل أن المؤلف يشير إليها هي نص حديث عن الرسول ﷺ ، وهو ما روي من قوله : « لا وصية لوارث » . أما الهبة للوارث حال حياة المورث وقبضها منه آنئذ فلا يحكم الفقهاء بحرمتها ، وما نصوا عليه هو كراهة تفضيل بعض الأولاد في العطية .

يشترط الحبس . وأما البائع بثمن مؤجل فليس له حبس العين نظير الثمن ؛ لأن قبوله التأجيل كأنه شرط بتسليم العين المباعة ، ولو لم يستلم الثمن ؛ لأن البيع تم على تأجيله . وأما البيع الوفائي فقد تقدم أنه ممنوع إذا كان ذلك في العقد ، فإن كان تبرعًا من المشتري بعد العقد فقد سبق النص على جوازه ، فإذا كان هذا فللمشتري الحق في حبس العين حتى يدفع الثمن والمصاريف تامة .

وأما بيع العين المؤجرة ، فلا يجوز إلا برضى المستأجر أو قبوله ، وإلا فالبيع صحيح وتبقى العين تحت يد المستأجر حتى تتم مدته . فإن كان المستأجر قد قبل في عقد الإيجار أن للمالك حق بيع العين المؤجرة مدة الإيجار بشرط تعويضه عن المدة الباقية له في الإيجار صح هذا الشرط وعمل به ؛ لأنه في نظير خسارة ستعود عليه من عدم استيفاء مدة إيجارته .

وأما المستودَع الذي أنفق على الوديعة فقد سبق أنه إذا كان الإنفاق ضروريًا لحياة أو وجود الوديعة فهو في رقبة الوديعة أولًا ، كالإنفاق على زرع أو شجر لولا هذا الإنفاق لما وجد أو لما أثمر مثلًا فللمنفق حق حبس العين المرهونة حتى يستوفي ما أنفقه [1] . وإن كانت النفقة للحفظ مثلًا فهي في ذمة الراهن ، ولا يحبس الرهن في هذه النفقة ، وقد سبق تفصيل ذلك في نفقة الرهن [2] .

وأما واضع اليد على منقول ضائع أو مسروق فليس له حق الحبس في المسروق ؛ لأنه لا يلزم رب هذا المسروق دفع شيء له إطلاقًا ، وليرجع واضع اليد على المسروق على من باع إليه ، أو هي مصيبة نزلت به لعدم احتياطه وتبصره فيما يشتريه .

وفي الضائع يدفع ما تكلفه من يوم وجوده تحت يده إلى يوم استرداده ، ولو استغرقت ثمنه فيباع في نفقته متى لم يفتكه صاحبه بدفع نفقته .

---

(1) جاء في المدونة في باب « في نفقة الراهن على الرهن هل تكون رهنا مع الرهن ، وفيمن أنفق على الرهن » قلت : – أرأيت ما أنفق المرتهن على الرهن بإذن الراهن ، أو بغير إذنه أتكون تلك النفقة في الرهن في قول مالك أم لا ؟ قال : قال مالك : النفقة على الراهن . قال ابن القاسم : فإن كان أنفق المرتهن بأمر الراهن فإنما هو سلف » المدونة (161/4) .

(2) يقول ابن عبد البر : « وما أنفق المودع على الوديعة فعلى ربها سواء أذن له أو لم يأذن له إذا احتاجت إلى ذلك » . الكافي ص 404 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 312 .

وأما نزع أملاك الناس للصالح العام فهو جائز بشرط تعويض المالك عما أخذ منه بشرط ملاءمة الثمن للمتعارف ، ومقتضى هذا أن المالك له التمسك بملكه حتى يعوض عنه .

نتائج حق حبس العين : متى سلمت العين المرهونة ضمانًا لسداد حق الدائن فلا يسلمها حتى يستوفي حقه من ثمنها عند عدم السداد من المدين ، وله أفضلية السداد على غيره من بقية الدائنين ، متى بيع الرهن ؛ لأنه دائن مرتهن ، والدائن المرتهن مقدم على غيره في ثمن رهنه .

وحق حبس العين المرهونة حق عيني للراهن على نفس الرهن ما دام تحت يده ، فهو حبس للعين المرهونة حتى يتم الدفع ، وهو حق شخصي يعارض به كل أحد [1] .

(1) جاء في المادة 1110 مدني مصري ما يلي : « 1 - يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة ، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون . 2 - وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقا لأحكام الحيازة » ، وهو ما تناولته المادة 1111 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة والمادة 1342 عراقي والمادة 1043 كويتي والمادة 1400 أردني . ويتفق ذلك مع ما هو منصوص عليه في الفقه الإسلامي طبقًا لما جاء في المادتين 718 و 729 من مجلة الأحكام العدلية والمادتين 964 ، 965 من مرشد الحيران . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 445 .

بند [27]

الكتاب الثالث

الامتياز والرهن

القانون الفرنسي : معلوم أن أملاك المدين ضمان عام لما عليه من الديون ، وأنه متى بيعت اشترك في ثمنها كل الدائنين بلا تمييز بسبب ديونهم . غير أنه يفضل بعض الدائنين على غيرهم ، وذلك إذا كان أحدهم له الامتياز ، أو الرهن فهو مقدم على غيره في إتمام سداد دينه .

وحق الامتياز هو : صفة دين تعطي للدائن حق أفضلية تقديمه على غيره حتى الراهنين ، والرهن حق عيني على عقار مخصص للوفاء بالتزامات محدودة .

ويتفق حق الامتياز والرهن في ثلاث صفات :

أولًا : أنهما حقان عينيان ، بمعنى أنهما يفيدان صاحبهما حق الأفضلية ، وحق متابعة العين المرهونة أين ذهبت حتى يتم دفع الدين ، وهاتان الصفتان من أخص صفات الحقوق العينية .

ثانيًا : أن حق الامتياز والرهن حقان تبعيان لا يقومان بأنفسهما كالملكية مثلًا ، ولكنهما تابعان لعقد الدين ضامنان لنفاذه ويترتب على ذلك :

1 - متى كان العقد المضمون بالرهن أو حق الامتياز وقع باطلًا ، فلا ينتج الرهن ولا حق الامتياز أية فائدة مطلقًا .

2 - الرهن وحق الامتياز يتبعان نفس الدين المضمون بهما فينقلان إلى المتنازل له عن الدين أو من حل محله تبعًا للدين .

ثالثًا : هذان الحقان غير قابلين للتقسيم ، بمعنى أنه ما بقي جزء من الدين بقي الرهن كله ، وما بقي الرهن كله شمل أجزاء العين المرهونة .

ويختلف الرهن وحق الامتياز في النقط الآتية :

أولًا : في المأخذ ؛ فإن حق الامتياز مأخوذ من طبيعة الدين ، وقد نص عليه القانون فقط . وأما الرهن فيكون مصدره القانون والاتفاق والقضاء . ومع هذا فقد يوجد رهن بالاتفاق ، وفيه حق الامتياز كرهن المنقول .

ثانيًا : حق الامتياز يكون في العقار المنقول ، والرهن لا يكون إلا في العقار .

ثالثًا : الترتيب في الرهن يكون بتاريخ التسجيل فما تسجل أولًا له الأفضلية ، ولكن التفضيل في حق الامتياز لا علاقة له بالتسجيل ، إنما يتعلق بطبيعة الحق نفسه المفضل بنص القانون .

رابعًا : حق الامتياز مقدم على الرهن ، بمعنى أنه إذا اجتمع حق امتياز ورهن قُدِّمَ حق الامتياز على الرهن .

أهمية الرهن عظيمة جدًّا في جميع البلدان حيث إنها محط ثقة أرباب الأموال ، والسبب القوي الذي يمكن المالك من أخذ قرض على أملاكه .

حق الامتياز :

يوجد ثلاثة حقوق امتياز : الأول : حق الامتياز العام على عقار ومنقول المدين .

الثاني : حق الامتياز الخاص على بعض المنقول .

الثالث : حق الامتياز على بعض العقار .

حق الامتياز العام على عقار ومنقول المدين : ينطبق هذا الامتياز على أملاك المدين عقارًا ومنقولًا حاضرًا ومستقبلًا ، ومع ذلك لا يطبق على العقار إلا إذا كان المنقول لا يكفي لسداد الدين .

ترتيب حق الامتياز العام : حق الامتياز نوعان : **الأول** : مرتب بالقانون المدني .

والثاني : مرتب بقوانين خاصة :

أولًا : حقوق امتياز مرتبة بالقانون المدني :

(أ) مصاريف القضاء : وهي ما أنفقت لحفظ حق ، أو لتحقيقه ، وإثباته ، ويحمل هذا الامتياز على العين التي من أجلها أنفقت هذه المصاريف منقولًا أو عقارًا ، ولا يتعدى لغيره من أعيان أملاك المدين إلا إذا كانت القضية عامة ، كالإفلاس ، أو تصفية الأملاك القضائية ، فيكون حق الامتياز على جميع أملاك المدين .

(ب) مصاريف الوفاة : التجهيز ، والحمل ، والدفن ، والاحتفال الديني ، لا مشتري المدفن ، ولا ما يقام عليه من تركيبة ، ولا ثياب الحداد للزوجة ، ولا للأطفال والخدم . وتشمل مصاريف الوفاة كذلك مصاريف وفاة من كان محسوبًا عليه حال حياته كولده ، فيكون فيها حق امتياز أيضًا مثل صاحب التركة .

(ج) مصاريف آخر مرض : وتشمل أجور الأطباء ، وثمن الأدوية والممرضين ، وهذا خاص بنفس المريض ، لا بمن كان في عائلته كمصاريف الوفاة من زوجته وولده .

(د) أجرة المرضع : وتشمل من ترضع ومن تحفظ الولد خارج سكن أقاربه .

(هـ) أجرة الخدم : وهو كل شخص يقدم خدمة نظير أجر مدة محددة ، وهم الأشخاص المرتبطون بخدمة المنزل ، أو محل إنتاج حقلي ، أو محل إنتاج تجاري ، ولا يدخل فيهم من يعمل بالمياومة [1] كالشغالة ، أو مستخدمي المحلات التجارية ، أو الصيارف أو السكرتيريين ، وقد سوى قانون سنة 1919 بين جميع الطبقات التي تتقاضى أجرًا .

ولا يمكن استعمال حق الامتياز إلا عن سنة مضت ، والسنة الحاضرة باحتساب تاريخ ابتداء الخدمة .

(و) مورد المعاش : وهو كل ما يحتاجه الإنسان للحياة من أكل ، وتدفئة ، ونور وثياب ، وهذا الامتياز يطبق على الشخص وعلى عائلته من قرابة ، ونسب ، وخدم ممن يكونون معه في معيشة واحدة ، وهو يطبق أيضًا على دين الستة أشهر الأخيرة للتجار الذين يوردون بالقطاعي كالعياش والجزار إلخ ، وعلى دين آخر سنة في تجارته .

(ز) تعويض إصابات العمال : منح القانون حق امتياز للعمال الذين يصابون أثناء العمل وذلك في أجر أطبائهم وثمن أدويتهم ومصاريف دفنهم ، ومعاش من أصيب بعاهة .

وهذا حق امتياز مرتب بقوانين خاصة ، وذلك كالامتياز الخاص بمطلوب بيت مال الحكومة وهو :

1 – استيفاء الأموال المقررة من الضريبة المباشرة ، وذلك على كل أموال الممول المنقولة لا على العقار .

2 – استيفاء الأموال المقررة من الضريبة غير المباشرة .

3 – استيفاء الدمغة والجمرك .

4 – الدفع المطلوب للمحاسبين .

امتياز خاص بالأعمال التجارية : القانون التجاري أعطى حق الامتياز إلى :

(1) العمال المعينين مباشرة من المدين في الثلاثة الأشهر السابقة على الإفلاس ، أو التصفية القضائية .

---

(1) ياومتُ الرجل مُيَاومةً ويوام أي عاملته أو استأجرته اليوم . لسان العرب مادة (يوم) 4975/6 .

(2) وإلى موظفي المحل التجاري والكومسينير [1] في مدى ستة أشهر فيما يختص بحصتهم في الخدمة التي أدوها ، وقد عمم ذلك قانون 1919 في كل من يتعاطى أجرًا تبعًا لأعمال التجارة قبل الإفلاس ، أو التصفية ، أو التوقف بستة أشهر [2] .

بند [28] حق الامتياز والرهن

التشريع الإسلامي : حق الامتياز أن يتعدد الدائنون ولا رهن عند أحدهم ، فيعطي المشرع حق امتياز التقديم لأحدهم حتى يسدد دينه أولًا ، وحق الرهن أن يكون الدائن قد أخذ رهنًا توثقًا من مدينه ، فالمرتهن أحق بالسداد من ثمن الرهن قبل الدائنين ، حتى قيل : إن الرهن قبل حيازته بمعرفة المرتهن يحاصص في ثمنه الدائنين ومنهم المرتهن ، ويباع لتجهيز الميت وبعد حوزه اختص به المرتهن فلا يباع لتجهيز المدين المتوفى ؛ لأنه تعلق به حق المدين فهو أولى به .

ولهذا كانت أملاك المدين ضمانًا مشاعًا للدائنين متى كانت غير مرهونة ، فإن كانت رهنًا ، فلا تدخل في ضمان الدائنين إلا فيما بقي بعد سداد دين الراهن . ويتفق الرهن وحق الامتياز في إفادة صاحبهما حق الأفضلية ، وحق إمساك العين حتى يتم الدفع [3] .

والرهن وحق الامتياز حقوق تبعية للمدين المرتهن فيه والمعطى فيه حق الامتياز ، فإذا بطل الدين بطل الرهن وحق الامتياز .

والرهن لا ينقل تبعًا للدين إلا إذا قبل الراهن [4] . أما الامتياز فهو لطبيعة الدين ، ولا علاقة له بالدائن ولا بالمدين . والرهن وحق الامتياز كل لا يتجزأ فمتى بقي شيء من الدين ولو قليلًا بقي الرهن ، وحق الامتياز كله حتى يتم الوفاء . وحق الامتياز مأخوذ من طبيعة الدين بلا علاقة للمدين ولا للدائن ، وإنما لوحظ فيه معنى خاص فقدمه المشرع على غيره من الديون ، فلا دخل للطرفين فيه . وأما الرهن فمصدره الاتفاق كما سبقت الإشارة إليه في الرهن .

وحق الامتياز يكون في المنقول ؛ كمن أنفق على لقطة وجدها حتى عرفها ربها ، فالنفقة

---

(1) الكومسينير Commissionnaire كلمة فرنسية بمعنى عميل ، وسيط ، سمسار . انظر : قاموس المنهل ص 272 للدكتور سهيل إدريس .

(2) انظر : البنود من 2092 إلى 2099 في البابين الأول والثاني ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 157 – 159 .

(3) يقول الدردير : « الرهن متمول أخذ توثقا به في دين لازم أو صائر إلى اللزوم » . الشرح الصغير جـ 3 ص 121 . وقد تقدمت الإشارة إلى مفهوم حقوق الامتياز في القوانين المدنية العربية وموقف الفقه الإسلامي من هذه الحقوق .

(4) قاعدة : الرهن لاينقل تبعًا للدين إلا إذا قبل الراهن .

في رقبة اللقطة ؛ فإن شاء ربها تركها تباع في نفقتها وإن شاء افتداها ، ويكون في العقار كأجير في الزرع فحقه مقدم على غيره ، والرهن يكون في العقار والمنقول ، كما سبق بيان ذلك .

وحق الامتياز مقدم على الرهن متى اجتمعا . ولا شك أن التوثق بالرهن أقوى ضمان لأصحاب الحقوق خصوصًا العقار الذي لا يسرع إليه التغير والتقلب في الأسعار بسرعة .

حق الامتياز :

مال المدين من عقار ومنقول ضامن لسداد دينه وللوفاء بالتزاماته ، وهو كل ما دخل في مالية المدين ، ويباع منقول المدين أولًا للوفاء بالتزامه ، فإن وفى فبها وإلا بيع عقاره .

وحق الامتياز مرتب على طبيعة الدين ، ولكن بعض الديون مقدم على بعض وذلك :

أولًا : مصاريف القضاء ، وهي ما أنفقت لحفظ حق أو لتحقيقه وإثباته ، وهذه الحقوق مترتبة على العين المتنازع فيها ، فتخرج مصاريف القضاء أولا من ثمنها ؛ فلو ترافع دائن باسم مدينه ، وحكم له بها فتدخل في تركة المدين المفلس فتقسم بين الغرماء ، ولكن مصاريف القضاء تخرج أولًا لمن أنفقها ؛ لأنه لولا هذه النفقة لما خلصت هذه العين إلى الدائنين ، ومتى أمر ولي الأمر بإخراج هذه الرسوم أولًا فهي مقدمة على الديون الأخرى ، وهذا كأجرة دلال ، وكاتب ، وعامل لبيع مال المفلس فتخرج أولًا قبل قسمة ما نَضَّ [1] من الثمن على نسبة الديون [2] .

ولو كانت هذه الديون مستحَقَّةً لبيت المال قدمت أولًا ، متى كانت بحق تقديمًا للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، فإذا كانت الملكية الخاصة تنتزع للصالح العام فمن باب أولى يقدم حق بيت المال على الدين العادي .

ثانيًا : يخرج من التركة أولا مبدًأ على غيره وجوبًا ولو أتى على جميعها حق تعلق بعين كالمرهون في دين لتعلق حق المرتهن بذاته فيقدم على كفن الميت ونحوه . ولو كان المرهون كفن الميت الذي ليس له غيره ؛ وذلك لأن الميت يكفن من بيت المال (خزانة الدولة) إن لم يكن له كفن . وأما الدين فهو حق الدائن وهو مقدم على ما فيه بدل ككفن

---

(1) نضَّ إليه من معروفه شيء ينضُّ نضًّا ونضيا : سال ، ونضت العروض والأمتعة بمعنى تحولت إلى نقود ببيعها وأخذ ثمنها . انظر : لسان العرب (نضض) 4455/6 .

(2) يقول الدردير : « يبدأ من تركة الميت من رأس المال ولو أتى على جميع التركة بحق تعلق بعين أي ذات كمرهون بها في دين ، فيقدم وجوبا لتعلق حق المرتهن به على مؤن التجهيز » . الشرح الصغير جـ 4 ص 197 .

المتوفى ، ومعلوم أن قضاء الدين يكون من التركة ، وحيث لا تركة فلا يقضى من الورثة .

ثالثًا : مصاريف الوفاة من كفن . وغسل ، وحمل ، وحفر ، وغيرها بالمعروف بما يناسب حاله من فقر وغنى ، ومن أسرف في ذلك فهو ضامن . وليس في التشريع الإسلامي احتفال ديني للميت ، ولا مشتري تركيبة ، ولا ثياب حداد .

رابعًا : ديون الآدميين ، وتشمل مصاريف آخر مرض ، وأجرة المرضع ، وأجرة الخدم المنزلي ، ومستخدمي المحلات التجارية ، ومورد المعاش ، وتعويضات إصابات العمل إلخ [1] .

خامسًا : وإن أنفق الملتقط على اللقطة من عنده خير ربها إذا جاء بين فكها بالنفقة ؛ لأنه قام عنه بواجب ، أو إسلامها لملتقطها في نظيرها ، فإن أسلمها ثم أراد أخذها لم يكن له ذلك .

وإن أنفق المرتهن على الرهن وصرح بأنه رهن فيها أو قال له : نفقتك في الرهن ، أو أنفق على شجر أو زرع خيف عليه التلف بعدم الإنفاق وأبى الراهن ، ولم يأذن للمرتهن فيه حيث انقطع الماء فاحتيج لإجرائه أو لإصلاح بئر بدئ من الثمر ، أو الحب بالنفقة التي صرفها على الدين الذي رهن فيه الشجر أو الزرع [2] .

سادسًا : أجرة الراعي لا يكون أحق بما يرعاه من أجرة رعيه إذا أفلس رب الماشية ، أو مات قبل دفع الأجرة ، بل يحاصص الغرماء متى كانت تبيت عند ربها غالبًا .

فإن باتت عند الراعي دائمًا أو غالبًا فإنه يختص بها في أجرته .

وأجير الحراسة وصانع سلعة بحانوت ربها أو بيته لا يكون كلٌّ أحق مما بيده مما استؤجر عليه في فلس أو موت بل يحاصص .

فلو استولى الصانع على السلعة بحيث صار بصنعها في محله ، فهو أحق بها من الغرماء في أجرته إذا أفلس ربها [3] .

(1) جاء في الشرح الصغير « والحقوق المتعلقة بالتركة خمسة باستقراء الفقهاء يبدأ من تركة الميت من رأس المال ، ولو أتى على جميع التركة بحق تعلق بعين كمرهون في دين ، فيقدم وجوبًا لتعلق حق المرتهن به على مؤن التجهيز ، فمؤن تجهيزه من كفن ، وغسل ، وحمل ، بالمعروف بما يناسب حاله من فقر ، وغنى ، فقضاء دينه يقدم من رأس المال على الوصايا ، فوصاياه ثم الباقي لوارثه . الشرح الصغير (193/4 ومابعدها) .

(2) المدونة (161/4) .

(3) يقول الدردير عن ما يخرج من التركة .. « فقضاء دينه يقدم من رأس المال على الوصايا : أي دينه الذي عليه لأدمي » . الشرح الصغير جـ 4 ص 198 . وقد تضمنت المادة 1130 مدني مصري تعريف حقوق الامتياز فيما سبقت الإشارة إليه ، كما تضمنت المواد 1131 – 1137 خصائص هذه الحقوق وطبيعتها ، وبينت المواد 137 – 1149 أنواع حقوق الامتياز ومراتبها . وهو ما تناولته المواد 1424 – 1447 مدني أردني ، والمواد 1367 – 1380 عراقي .

بند [29] الامتياز الخاص على المنقول

القانون الفرنسي :

حق الامتياز للمؤجر : للمؤجر حق الامتياز لضمان سداد إيجار المنزل ، أو قيمة إيجار العزبة على ما يوجد بالعين المؤجرة من فراش وآلات .

هذا الامتياز مبني على فكرة الرهن الملحوظة المفهومة ، فإن المقدر أن المستأجر أعطى ضمانًا لسداد الإيجار بما يوجده في العين المؤجرة من المنقول ، وأن المؤجر ما قبل أن يؤجر إلا على أساس وجود شيء يضمن له استيفاء قيمة الإيجار ، وهو المنقول المذكور .

ويتعلق امتياز المؤجر بشكل عام بكل شخص أعطى غيره إيجار منزل للسكنى ، أو عقارًا حقليًا ، بل ويعطى هذا الحق أيضًا إلى المنتفع الذي آجر لغيره ، وكذا لمن آجر من بطنه .

ومحل الامتياز كل ما هو موجود بالمنزل المؤجر ، وهو كل ما حمله معه المستأجر لسكناه ، أو لمباشرة مهنته أو لاستغلال تجارته أو صناعته ، ولا يشمل الامتياز النقدية ولا الأسهم المالية ولا المصاغ الشخصي والأحجار الكريمة .

وفي إيجار الأطيان يشمل الموبليا المفروشة في منزل الأطيان ، وثِمارَ زرع السنة ، والماشية ، وآلات الزراعة . فإن كانت الموبليا المفروش بها المحل المؤجر ملكًا لمؤجر المؤجر جاز للمالك الحجز عليها ، وبيعها بقدر ما على مؤجر المستأجر فقط من الدين للمستأجر الأصلي .

فإن كانت الموبليا ملك الغير جاز للمؤجر بيعها متى كان حسن النية ، بمعنى أنه لا يعلم أنها ملك للغير ومفروض فيه حسن النية ومن يدعي غير ذلك مكلف بالإثبات .

الدين المضمون : يشمل إيجار المنزل ، والأطيان ، والإصلاحات اللازمة المحلية ، والتعويض اللازم إذا ارتكب المؤجر ما نتج عنه ضرر .

وفي حالة الإفلاس ، أو التوقف عن الدفع ، أو التصفية يسري عقد الإيجار الثَّابت التاريخ على مدة الإيجار جميعها السابقة واللاحقة فيحل الدين اللاحق لحصول واحد من الأسباب المذكورة ، فإن كان عقد الإيجار غيَر ثابت التاريخ ، فإن حق امتياز المؤجر يسري على إيجار السنة السارية وسنة أخرى مستقبلة فقط . وأما الماضي فلا كلام فيه لثبوت امتيازه فيه . ومتى دفع الأجر حسب هذا التفصيل فللدائنين الحق في إيجار المحلات المذكورة حتى نهاية المدة . وقد تعدل هذا القانون سنة 1872 وسنة 1889 .

طريقة حفظ الامتياز : لحفظ امتياز المؤجر على منقولات المستأجر التي بالعين المؤجرة يلزم بقاؤها بالعين المذكورة كشرط لهذا الامتياز . لذلك أباح القانون اتخاذ طريقين لذلك :

الأول – الحجز الامتيازي : وهو ما يوقعه المؤجر على ما يوجد بالعين المؤجرة من منقول ضمانًا لاستيفاء الإيجار خوفًا من نقله خفية بدون دفع المطلوب الذي حل دفعه .

الثاني : الحجز الاستردادي : وهو الحجز على الأعيان المنقولة خفية من العين المؤجرة الموجودة تحت يد الغير لاستردادها ، كرهن لدفع الإيجار حتى بين يدي حسن النية ، وذلك في مدة خمسة عشر يومًا في إيجار المنزل ، وأربعين يومًا في إيجار الحقول [1] .

بند [30] الامتياز الخاص على المنقول

التشريع الإسلامي : المؤجر الذي يؤجر ملكه يعتمد على وفاء المستأجر بالأجر أولًا ، وثانيًا على ما يكون بالعين المؤجرة من متاع ، فإن وفى المستأجر بما اتفق عليه فلا شأن للمالك معه . وإن لم يف بالأجر فهل ما يوجد بالعين المؤجرة يعتبر رهنًا ملحوظًا وقت الإيجار فرب البيت وصاحب الملك أحق به من غيره من الدائنين أو لا حق له في ذلك ، ويعتبر دائنًا بما استحق من أجر ؟ خلاف في مذهب الإمام ، والذي جرى عليه العمل بفاس بالمغرب [2] اعتبار ما يوجد في العين المؤجرة من أثاث ومتاع وآلة رهنًا في الإيجار ملحوظًا بين الطرفين ، فيختص به المالك دون غيره من بقية الدائنين أوَّلاً حتى يستوفي أجره [3] .

(1) انظر : البنود من 2100 إلى 2102 في الفصل الأول ، من الباب الثاني ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجز الثاني ص 159 – 162 .

(2) المغرب ، أو المملكة المغربية ، أو مراكش : هي أقصى مجموعة دول العالم العربي غربا ، تحتل جغرافيا الركن الشمالي الغربي من القارة الأفريقية وتنفرد بسواحلها التي تطل على البحر الأبيض والمحيط الأطلسي ، وتقدر المساحة الإجمالية للمغرب بنحو 71 ألف م . م ، وعاصمتها الرباط ونظام الحكم فيها ملكي دستوري . الموسوعة السياسية لأحمد عطية الله ص 1491 – 1494 .

(3) تقدمت الإشارة إلى ما جاء في المادة 1143 مدني مصري من النص على أن لأجرة الأرض الزراعية والمباني امتيازا على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة من آلات وأدوات ومحاصيل ، وهو الذي جرى عليه العمل الفاسيّ بالمغرب ، طبقا لما ذكره المؤلف . ويستند ذلك إلى قاعدة ضمان أموال المدين كلها لديونه ، وأنها مرهونة فيها حتى لا يصح للمدين أن يتصرف فيها تصرفا ضارا بغرمائه . وتستند هذه القاعدة كذلك إلى العرف وعمل أهل فاس طبقا لما أشار إليه المؤلف في ملاحظة صائبة . وقد حاولت العثور على هذه القاعدة في المعيار المعرب للونشريسي فلم أجدها . ولعلها خفيت عليّ .

وهذا الامتياز حق لكل من يملك الانتفاع وحقَّ المنفعة متى أبيح له الإيجار .
ويشمل الامتياز كل ما يوجد بالعين المؤجرة مما كان مخصصًا للاستعمال فيها .

ورب الأرض مقدم بكرائها في زرعها حتى تستوي حصة السنة المزروعة ، وما قبلها وكذا ما بعدها إن لم يأخذ أرضه (في المفلس) .

ومستأجر المستأجر مسئول أيضًا فيما أودع من أثاث وزرع قِبَل المالك بقدر ما عليه للمستأجر من الدين المضمون ، وله حق الامتياز وهو قيمة الإيجار فقط .

ومن استأجر هذه الدابة ، أو هذه الدار شهرًا بعشرة دنانير مؤجلة لسنة ، ثم أفلس أو مات قبل استيفاء منفعة الدار أو الدابة ، فتحل تلك الدنانير بتمامها بمجرد موته أو فَلِسَه ، وهو ظاهر المدونة .

ومقابل هذا قول ابن رشد : أنه لا يحل بالموت والفلس بل يحاصص المكري بأجرة المدة المستأجرة بتمامها ، ولكن لا يأخذ إلا أجرة البعض المستوفى ويوقف مقابل مالم يستوف ، فكل ما استوفى شيءٌ من المنفعة أي استوفاه الغرماء أخذ المكري ما ينوبه مما وقف .

ومحل وقف المقابل ما لم يستوف إذا لم يفسخ الكراء فيما بقي من المدة؛ لأنه يخير في الفسخ وعدمه في الفلس ، وللمكري أخذ عين شيئه في الفلس ، ويحاصص بالأجرة إن كانت استوفيت المنفعة ، وإلا فبقدر ما استوفى منها وهو مخبر في الفسخ والإبقاء .
ولصاحب حق الامتياز على ما يوجد بالعين المؤجرة من منقول ، أو زرع التقاضي لحفظ حقه على هذه الأشياء إن اعتدى عليه أحد ، أو نقلها المستأجر بشرط قرب المدة ، ومتى أثبت المؤجر ذلك حكم القاضي بأحقيته بثمن هذه الأشياء حتى يستوفي دينه [1] .

بند [31] ضمان بائع المنقول

القانون الفرنسي : لبائع المنقول أربع طرق لضمان دفع ثمن المبيع :

(1) حق حبس العين المبيعة . (2) حق الفسخ .

(3) حق الامتياز . (4) دعوى الاسترداد .

حق الامتياز : سبب هذا الامتياز أن البائع هو الذي وضع المنقول في ملك المشتري ، فهو أحق به من غيره ، وهذا الامتياز خاص ببائع المنقول سواء أكان جسمانيًّا ، أم غير

(1) راجع : بداية المجتهد جـ 2 ص 228 ، 229 ، 230 .

جسماني ، كدين أو محل تجارة ، والدين المضمون هو الثمن وما يتبعه .

ويتلاشى حق الامتياز بعدة أشياء :

(1) بضياع الشيء المبيع . (2) بيع الشيء المبيع .

(3) بانتقال الشيء المبيع من منقول إلى عقار كأدوات البناء بعد البناء .

(4) بإفلاس المشتري .

حق استرداد المنقول : للبائع الحق في استرداد الشيء المبيع من بين أيدي المشتري بشروط أربعة :

(1) أن يكون بيعًا باتًّا بدون أجل .

(2) أن يكون المبيع لا زال في يد المشتري .

(3) أن يكون المبيع في حالته التي بِيعَ عليها وقت البيع .

(4) ألا يكون مضى على البيع أزيد من ثمانية أيام .

امتيازات أخرى على المنقول :

أولًا : حق الامتياز لنفقة البذر والزرع . وهو مبني على أن الدائن قد أدخل في ملك المدين أشياء لها قيمتها ، فهو أحق بها من غيره . ويُحْمَل هذا الامتياز على محصول السنة التي تم فيها الصرف ، ويتعلق بنفقة الزرع وجمع المحصول .

فإن تعارض حقُّ امتياز المؤجر وحقُّ امتياز نفقة البذر والزرع ، قدم امتياز النفقة

ثانيًا : حق امتياز آلات الزراعة ، وعلته كالسابق . ويشمل ثمن الآلات وأجر تصليحها ، ويحمل الامتياز على أثمان بيعها ويقدم هذا الامتياز على امتياز المؤجر .

ثالثًا : حق امتياز ما أنفق على شيء لحفظه . ويشمل النفقة اللازمة لحفظه ، لا لتحسينه بحيث كان يترتب على عدمها فقده ، أو تلفه ، ويكون الامتياز على الثمن .

رابعًا : حق امتياز صاحب النُّزُل (اللوكاندة) وذلك نظير أجرة المبيت ، وثمن ما قدم من أكل ، وهو خاص بصاحب (اللوكاندة ، فندق ، منزل) ، وهو على ما حمل المسافر معه من شنط ، بل وعربة وخيل أيضًا .

خامسًا : امتياز بتعهد النقل : ويحمل على أجرة نقل البضائع ، وما صرف

عليها من جمرك وبلديات وخلافه ، ويكون على البضائع المنقولة بالفعل .

سادسًا : حق امتياز الإسراف والخيانة الذي يقع من الموظفين . ويشترط لهذا الامتياز شرطان :

الأول : أن يحصل تجاوز في استعمال الحق ، أو خيانة من موظف عمومي ، محضر ، كاتب حسابات . إلخ .

الثاني : أن يكون ما ارتكب في خيانة ، أو سوء استعمال حق كان في نفس ما كُلِّف الموظف بعمله ، أي في مباشرة عمله ، أو أثناء تأدية وظيفته .

ويحمل هذا الامتياز على ما قدم من ضمانات أودِعت بالخزانة العامة ، وما نتج عنها من فوائد .

سابعًا : حق امتياز لضحية الحوادث . وذلك أنه إذا أمن شخص لدى شركة التأمينات ضد الحوادث التي تحصل بشيء كأتومobيله مثلًا فإنه يتعين على الشركة أن تدفع لمن أصيب ، لا لدائني المؤمن الآخرين لثبوت حق امتياز الضحية في التأمين على الآخرين [1] .

بند [32] ضمان بائع المنقول

التشريع الإسلامي : إن البائع يقصد ببيعه الحصول على ثمن المبيع لقضاء مصالحه [2] ، أو لأن البيع فرصة سمحت بالربح فيه ، فلكل بائع عقارًا أو منقولًا أن يتخذ ما يراه كفيلًا لوصول ثمن المبيع إليه .

فللبائع حق حبس العين المبيعة من عقار ، أو منقول حتى يأخذ الثمن متى كان الثمن حالًّا .

وللبائع أن يشترط الخيار لنفسه مدة معينة له فيها فسخ البيع ونقضه ، متى رأى مصلحة في ذلك ، مع مراعاة شروط الخيار ومدته [3] .

---

(1) انظر : البنود من 2106 إلى 2113 في الفصل الرابع ، من الباب الثاني ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 164 - 166 .

(2) تناولت المادة 1145 من القانون المدني المصري امتياز المستحق من الثمن لبائع المنقول على الشيء المبيع . ويأتي هذا الامتياز تاليا لامتياز الأجرة للمباني والأرض الزراعية ولصاحب الفندق . إلا أنه لا يسري في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا كانا يعلمان وقت وضع المبيع في الفندق أو في العين المؤجرة أنه مثقل بدين ثمنه . وهذا هو ما نصت عليه المادة 1131 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

(3) يقول ابن رشد : « أما جواز الخيار فعليه الجمهور . وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ ، وفيه : « ولك الخيار =

وللبائع اشتراط أن يكون ما باعه رهنًا في ثمنه حتى يتم دفعه إليه . وله اشتراط أن يكون له حق الامتياز في الدفع من ثمنه قَبْلَ الدائنين الآخرين .

وليس له دعوى الاسترداد نظير باقي الثمن ما دام في ملك المشتري ما فيه الوفاء . بل ليس له الاسترداد من الغير نظير الثمن ؛ لأن هذا يهدد كل مشتر يخشى أن يكون لبائعه بقية من الثمن لا يعلمها .

والبيع متى تم انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري ، وانتقل ضمان الثمن إلى ذمة المشتري ، فلا يتعلق بالعين المبيعة إلا لشرط ، أو إفلاس بشروطه المعروفة في باب الإفلاس .

وأما امتياز البذر والزرع فقد نص الفقهاء على أن رب الأرض مقدم بكرائها في زرعها حتى يستوفي حصة السنة المزروعة وما قبلها ، ثم يليه أجرة أجير الزرع الذي حرث وسقى وعزق ؛ لأنه لولاه ما انتفع بالزرع . وأما ثمن البذر فهو مقدم على الأجير إذ لولاه ما وجد أصل الزرع .

فإن اجتمع حق امتياز المؤجر ، وحق امتياز البذر والزرع قدم امتياز المؤجر ؛ إذ لولا ملكه المؤجر لما وجد زرع ، فحق المالك للعين المؤجرة مقدم عليهما .

ويلحق بأجير الزراعة آلاتها وأجرة إصلاحها ، ولا يقدم على امتياز المؤجر .

وأما ما أنفق على شيء لحفظه ، فهو مقدم على الغير ما دامت النفقة لازمة للحفظ ، وذلك في اللقطة وفي العين المرهونة متى قيل : نفقة الرهن في عينه ، أو اشترط ذلك ، وكذا النفقة على رهن ، كشجر أوزرع خيف عليه التلف بعدم الإنفاق ، كأن انقطع الماء فاحتيج لإجرائه أو إصلاح بئره ، بدئ من الثمر أو الحب بالنفقة التي صرفها على الدين الذي رهن فيه الشجر أو الزرع [1] .

وأما أجر المبيت لصاحب النُّزلُ (اللوكاندة) ، فهو كأجر المنزل المؤجر فالامتياز ، فيما يحمل المسافر من أمتعة حق لصاحب النُّزلِ قبل غيره .

وأما امتياز متعهد النقل كصاحب عربة النقل أو سفينة النقل ، أو السكك

= ثلاثا » وما روي في حديث ابن عمر « البيعان بالخيار مالم يتفرقا إلا بيع الخيار » . بداية المجتهد جـ 2 ص 209 . وقال الدردير : إنما يحصل الخيار بشرط من المتبايعين ولا يكون بالمجلس . وجاز الخيار ، ولو كان لغير المتبايعين . والكلام في إمضاء البيع ، وعدمه لمن جعل له الخيار دون غيره من المتبايعين . الشرح الصغير (50/3) .

(1) المدونة الكبرى (161/4) .

الحديدية ، أو الطرق النهرية ، فهو حق ثابت للناقل ما دامت البضائع المنقولة في حيازته . فإن قبضها ربها قبض تسلم فلا امتياز للناقل ، بل يحاصص أسوة بالغرماء ؛ فالمالك لآلة النقل أحق من غيره حال نزول الأحمال في المنازل ، أو المرافئ ، أو المحطات . فإن نقلت لملك صاحبها فهو أسوة بالغرماء . وما دفع على البضائع المنقولة يكون عليها ؛ لأن الناقل دفعها ليرجع بها كما هو العرف والعادة .

والامتياز يكون على ما نقل من البضائع بأجر النقل لا على ما لم ينقل ، ولا بأجر لم يستحق .

وأما حق امتياز الإسراف والخيانة الذي يقع من الموظفين ، فالجهة التي يعملون بها أحق بما ضمنوه لما ارتكبوا في أعمالهم؛ لأن الضمان المقدم منهم أخذ على سبيل أن كل مسئولية مالية تقع منهم في عملهم ، وبسبب عملهم فهي في الضمان ، والضمان تحت يد الحكومة المضمون لها ، فهي جائزته وهي الأحق به من الدائنين الآخرين ؛ لأنها دائنة مرتهنة بعد الاختلاس .

وأما حق امتياز ضحية الحوادث فالأصل فيه وقوعه باطلًا ؛ لأنه ضمان لحق مجهول نظير أجر ، فلو أنه ضمان لمجهول لأمكن تخريجه على وجه الصحة كأن يقول شخص لآخر : أنا ضامن لما يذوب لك على فلان ، ولم يعرف بعد ما له على فلان ، فقال العلماء في مثل عامل زيدًا وأنا ضامن له إن هذا الضمان صحيح ، وإن لم يعرف قيمة الدين المضمون بعدُ [1] .

وأما التأمين على حوادث الأتومبيل مثلًا التي يحصل فيها تصادم ، أو إصابة أحد من هذا الأتوموبيل فتكون الشركة ضامنة لما يمكن أن يطالب به صاحب الأتوموبيل نظير أجر معلوم يدفعه المضمون ، أو الشخص المؤمن على حوادث أتوموبيله ، فهو عقد على مجهول نظير أجر تتقاضاه الشركة لأمر مغيب ، فهو العقد المتروك للقضاء والقدر وهو غير جائز .

ولو سلمنا جدلًا جوازه وأصاب شخصًا وألزم بالتعويض فتقدم المصاب ليأخذ أرش إصابته فحجز عليها دائن آخر لصاحب الأتوموبيل ، فلا شك أن المصاب أحق بالتعويض ، فضحية الإصابة أحق بما قبلته الشركة نظير ذلك دون بقية الدائنين [2] .

---

(1) وجاز داين فلانا ، وأنا ضامن . الشرح الصغير (173/3) .

(2) قضية التأمين قضية كبيرة ناقشها عدد كبير من الباحثين المعاصرين ، من بينهم مصطفى الزرقا ومحمد الدسوقي ود.حسين حامد حسان و د . محمد بلتاجي وغيرهم ، ولعل هناك مناسبة أوسع لمراجعة المواقف المختلفة من هذه القضية .

(نتيجة المقارنات من بند 21 إلى نهاية بند 32)

يتفق التشريعان في الآتي :

الضمان بالتضامن ، الضمان الحقيقي ، نتائج الرهن ، حق الدائن المرتهن ، حق تملك منفعة الرهن ، تحقيق الرهن ، الرهن المفهوم (المقدر) ، الرهن العقاري المودع تحت يد المرتهن ، حق حبس العين نظير الدين ، حق الامتياز والرهن ، حق الامتياز (في الجملة) ، الامتياز الخاص على المنقول ، حق الامتياز على المؤجر ، ضمان بائع المنقول ، امتيازات أخرى .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

الرهن (فهو خاص بالمنقول في التشريع الوضعي ، وفي التشريع الإسلامي يشمل العقار والمنقول) ، والاتفاق تام في أحكام الرهن في النوعين إلا في بعض مسائل خاصة .

بند [33] الامتيازات الخاصة على العقار

القانون الفرنسي :

أولًا : حق امتياز بائع العقار : منح القانون بائع العقار ثلاثة أشياء حفظًا لحقه على العقار في ثمنه .

(1) حق حبس العين حتى يستوفي الثمن .

(2) حق فسخ البيع إذا لم يستوف الثمن .

(3) حق الامتياز على ثمن ما باعه متى بيع قبل استيفائه باقي الثمن . ومبنى هذا على أن بائع العقار قد أدخل في مالية مدينه المشتري قيمةً هو أولى بها من غيره .

وهذا الامتياز للبائع الذي تعهد بنقل ملكية المبيع مقابل قبض الثمن ، ويكون أيضًا إلى المبادل الذي تعهد بدفع الفرق لضمان تنفيذ عقد البدل ، وهذا الامتياز يكون بالثمن وما يتبعه .

ويشترط لوجود هذا الامتياز أن يكون مذكورًا بعقد البيع أن الثمن أو بعضه واجب الأداء باقيًا بذمة المشتري . ويحمل هذا الامتياز على ثمن الشيء المبيع فقط .

ثانيًا : امتياز المقاسم : (الشريك في القسمة) وذلك أنه عند تعدد الملاك لشيء واحد أو أشياء متعددة ، وحصول القسمة بينهم فلكلٍّ من الشركاء المقتسمين له حقُّ الامتياز على الأعيان المنقسمة لضمان تنفيذ التزامات القسمة بين الجميع . وهذا حق ثابت لكل قسيم . والدين المضمون الذي له الامتياز هو باقي الثمن ، أو فرق الثمن لقسم أكبر من الآخر . أما دفع الثمن لما لم يقبل القسمة وبيع على شركاء ورسى مزاده على أحد الشركاء ، فيعتبره القانون كالقسمة لا كالبيع ، فتبقى العين المضمونة ضمانًا لحصة كل شريك حتى تُدفع كاملة .

أما تعويض أحد الشركاء المتقاسمين عن الذي فقده باسترداد الغير له ، وقد كان في حصته باعتباره ملكًا لمورث الشركاء وثبت عدم ملكية المورث له ، فيجب عما فقد من حصته . وتكون أقسام الآخرين ضامنة للتعويض المذكور ضمانًا ممتازًا ، ويحمل هذا الامتياز على العقار المشترك المقوم أو المباع لعدم إمكان القسمة .

ثالثًا : امتياز المهندسين والمقاولين : المهندسون والمقاولون لهم حق الامتياز بما زاد

في قيمة العقار الذي باشروه ، ويعطى هذا الامتياز لكل من باشر عملًا في العقار ، وكان له قيمة كمهندس ، ومقاول ، وبنَّاء بشرط أن يكون تعاقد مع المالك مباشرة .

ويكون هذا الامتياز في العقار كبنايته ، أو تصليحه ، أو تحسينه ، أو في مجرى الماء ، أو أي عمل آخر متعلقًا بالعقار لا في أعمال الزراعة .

وهذا الامتياز يحمل على ما زاد على قيمة العقار بعد إصلاحه بمعنى أنه يقوم قبل إجراء أي عمل فيه ثم بعد إتمام ما زاد عليه ، وفرق الثمن هو الذي يكون عليه هذا الامتياز .

ولا بد لوجود هذا الامتياز من عملين ، **الأول** : تقدير حالة العقار قبل إجراء أي عمل فيه . **والثاني** : بعد نهاية العمل في مدة لا تزيد على ستة أشهر ، ويكون الخبير معينًا من قبل المحكمة في الحالتين .

رابعًا : امتياز فصل أملاك الوارث الشخصية عن أملاك مورثه : وذلك بأن يكون الوارث مثقلًا بالدين ، وملكه لا يفي بدينه الشخصي ، وتركة المتوفى الموروثة له تدفع كل دينها تامًّا ، فإذا طلب الموصى له ، أو دائن التركة فصل الميراث عن ملك الوارث حتى يستوفيا دينهما كان لهما ذلك ؛ لأنهما لو قبلا خلط المالين للزمهما قبول نسبة معينة مئوية لدينهما كما لدائن نفس الوارث ، فلا يمكنهما استيفاء كل دينهما .

وسبب هذا أن دائني المتوفى وثقوا في مدينهم ، فلا تكون وفاته سببًا في ضرهم . وهذا الحق أعطاه القانون لدائني المتوفى وللموصى لهم ، وذلك فيما تركه المتوفى في كل ما يكون ميراثًا ، ويكون بنسبة ما يخص كل وارث في حقه فقط .

وطبيعة هذا الحق تكون امتيازًا حقيقيًّا ، فيتعلق بالعين الموروثة أيًّا كانت حتى مع الغير ؛ فيصح استردادها لهذا السبب ، أو تكون أفضلية بسيطة تتلاشى متى باع الوارث نصيبه ، وأصبح في يد الغير . خلاف في ذلك ، والرأي الأول أصح .

ترتيب الامتيازات مع بعضها :

تجب مراعات القاعدتين الآتيتين :

أولًا : يرتَّب الدائنون الممتازون في ديونهم حسب صفات امتيازهم لا حسب تاريخ دينهم .

ثانيًا : الدائنون الممتازون الذين في درجة واحدة يقسم الدفع بينهم بنسبة دينهم .

وقد تتعارض الامتيازات حسب صفاتها فحكمها كالآتي :

أولًا – تعارض امتيازين عامين : هذا لا صعوبة فيه فقد فصله القانون في المادة 2101 ، فتتبع القواعد المنصوص عليها فيه .

ثانيًا – تعارض امتيازين أحدهما عام ، والآخر خاص في شأن عقار : يقدم الامتياز العام أولًا (مادة 2105) . فإن تعارضا في شأن منقول ، فتوضع مصاريف القضاء أولًا ، ثم يأتي بعد ذلك الامتيازات الخاصة على المنقول ، ثم الامتيازات العامة المترتبة في المادة 2101 .

ثالثًا – تعارض بين امتيازين خاصين : تجب التفرقة بين الامتياز المبني على إدخال شيء مقوم في مالية المدين ، والامتياز المبني على الضمان الضمني الملحوظ بين الطرفين . فإن تعارض الامتيازان تقدم الامتياز المبني على الضمان الضمني الملحوظ بين الطرفين بشرط أن يكون حسن النية ، ومع ذلك فإن مقدم البذور وآلات الزراعة لهم الأفضلية على المؤجر ، ولو كان سيئ النية .

وإن تعارض حق حافظ الشيء ، وحق الامتياز المبني على الضمان الضمني ، فيقدم أسبقهما تاريخًا ، وإن تعارض حق حفظ الشيء وحق من أدخل هذا الشيء في ملك المدين كالبائع قدم الأسبق تاريخًا . وإن تعارض حقان مبنيان على الضمان الضمني قدم الأقدم فيهما . وإن تعارض امتيازان خاصان على عقار يستعمل الامتياز حسب درجات انتقال العقار ، فيقدم الأول ثم الذي يليه [1] .

بند [34] الامتيازات الخاصة على العقار

التشريع الإسلامي : منح المشرع الإسلامي بائع العقار والمنقول كما سبق :

1 – حق حبس العين حتى يستوفي الثمن متى كان الثمن حالًا ، واشترط ذلك في عقد البيع حتى يستوفي الثمن .

2 – وحق فسخ البيع إذا لم يدفع الثمن متى كان ذلك شرطًا في البيع على خلاف سبق في ذلك (في العقد بشرط) ، كإن لم تأت بالثمن لشهر أو يوم فلا بيع بيننا ، وقد سبق بحثه .

---

(1) انظر : البند 2103 في الفصل الثاني ، من الباب الثاني ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 162 – 163 .

3 - وحق الامتياز على ما باعه ، ولم يقبض ثمنه وأفلس المشتري .

فللبائع ومن تلقى عنه حقه من وارث وموهوب له أخذ عين ماله الثابت له ببينة ، أو إقرار المفلس قبل الفلس المحاز عنه في الفلس الواقع بعد البيع ، ونحوه وقبل قبض الثمن ، فيرجع في عين ماله بشروط ثلاثة :

1 - إن لم يَفْدِه غرماء المدين ولو بمالهم .

2 - وأمكن أخذه بعينه .

3 - ولم ينتقل عنه ماله عن وقت البيع .

وهذا الامتياز خاص بالفلس لا بالموت ، ففيه يحاصص بالثمن أسوة بالغرماء ، ولا امتياز للبائع بالثمن ، أو باقيه في ثمن المبيع مالم يشترط ذلك كما سبق .

امتياز المقاسم (الشريك في القسمة) : للشركاء في القسمة امتيازات على العين المقسومة ، سواء في العيب ، أو في الاستحقاق ، أو في طرو [1] دائن ، ولهذا سنسوق المسألة كاملة التفصيل وذلك :

أولًا : إن وجد أحد المتقاسمين في حصته عيبًا زاد على نصفها فله رد القسمة وإبطالها ، وتكون الشركة كما كانت . وله التمسك بالحصة ، ولا يرجع بشيء ؛ لأن خياره يمنع تضرره ، سواء في ذلك العقار والحيوان والعروض [2] .

فإن فات ما بيد صاحبه كهدم ، أو بيع ، أو صدقة ، أو وقف ونحو ذلك رد صاحب السالم لواجد العيب نصف قيمة السالم يوم قبضه ، وما به العيب شركة بينهما .

وإن فات المعيب الذي بيد واجد العيب رد لصاحب السالم من المعيب نصف قيمته يوم قبضه ، وما سلم من العيب والفوات معا بينهما .

وإن كان العيب في الأقل بأن كان دون الثلث كربع ، رجع بنصف المعيب مما

---

(1) طَرأ طُروًّا : أتى من مكان بعيد . لسان العرب ، مادة (طرأ) 2669/4 .

(2) يقول ابن رشد : « أما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فإن ذلك يرجع إلى الجنس والقدرة ، وأما إذا كان عين العوض باقيا بعينه لم يفت إلا أنه لم يقبض ثمنه ، فاختلف على أقوال : الأول : أن صاحب السلعة أحق بها على كل حال إلا أن يتركها ، ويختار المحاصة بداية المجتهد جـ 2 ص 286 . وقد تناولت المادة 1149 من القانون المدني المصري والمادة 1136 مشروع من القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية امتياز المقاسم على العين المقسومة في حالة استحقاق حصة المقاسم لآخرين . وهو ما تناولته المادة 1380 عراقي والمادة 1147 أردني .

بيده ثمنًا فلا يرجع شريكًا ، والمعيب بينهما شركة فصاحب الصحيح يصير شريكًا في المعيب بنسبة ما أخذ منه .

ثانيًا : إن استُحِقَّ نصفٌ أو ثلثٌ من نصيب أحد المتقاسمين خُيِّر المُستَحَقُّ منه بين التمسك بالباقي ، ولا يرجع بشيء وبين رجوعه شريكًا فيما بيد شريكه بنصف قدر ما استحق . فإن استحِقَّ ربعُ ما بيد أحدهما فلا خيار له ، والقسمة باقية لا تنقض ، وليس له إلا الرجوع بنصف قيمة ما استحق من يده ، ولا يرجع شريكًا بنصف ما يقابله .

فإن استحق النصف فأكثر فيرجع المستَحَقُّ منه شريكًا في الجميع إن شاء ، وإن شاء أبقى القسمة على حالها فلا يرجع بشيء .

ثالثًا : إن طرأ غريم أو موصى له بشيء معدود على ورثة فقط ، أو على وارث وموصى له بالثلث ، أو طرأ غريم على موصى له بعدد ، وطرو وارث على موصى له بعدد ، وطرو غريم على وارث وموصى له بعدد ، فإن القسمة تنفسخ بشرط أن يكون المقسوم مقومًا كدُورٍ ، أو حيوان ، أو ثياب ، وقد أبى الورثة دفع الدين .

ومتى فسخت فإن الغريم ، والموصى له يعطى حقه ثم يُقسم الباقي .

فإن كان المقسوم ذهبًا ، أو فضة ، أو مثليًا كقمح مثلًا رجع الطارئ من غريم ، أو موصى له بالعدد على كل من الورثة ، أو الموصى له بالثلث فيما يخصه إن كان قائمًا ، وبمثله إن فات . ومن أعسر منهم فعليه في ذمته إن لم يعلموا بالطارئ . فإن علموا به واقتسموا التركة كانوا متعدين ، فيؤخذ المليء عن المعدم ، والحاضر عن الغائب ، والحي عن الميت .

والمعتمد نقض القسمة مطلقًا ، ولو كان المقسوم عينًا أو مثليًا علموا ، أم لا .

وإن دفع جميع الورثة للغريم ماله من الدين مضت القسمة ، كبيعهم التركة بلا غبن ، واستوفى الطارئ مما وجد من التركة بيد بعضهم ، لم يهلك ولم يبعه ، ثم تراجعوا فيرجع المأخوذ منه على غيره ، ومن أعسر ممن لم يؤد فعليه غرم حصته في ذمته لمن أدى الطارئ . ولا يؤخذ مليء عن معدم ولا حي عن ميت ، إن لم يعلموا بالطارئ ، فإن علموا أخذ المليء عن المعدم ، والحاضر عن الغائب .

ومن هذا كله يعلم أن امتياز القاسم مكفول في نفس القسمة ، وما ترتب عليها من سلامة أنصبة المتقاسمين . وأما دين فرق القسمة ، أو دفع باقي الثمن فهو دين

في الذمة يحاصص به الغرماء [1] .

امتياز المهندسين والمقاولين : ذكر العلماء أن رب الأرض مقدم بكرائها ، ثم عامل الزرع ، ثم مرتهنه ، ثم قالوا إن مثل الزرع الغرس والبناء يعني في الاختصاص ، وقالوا : إن الصانع أحق بما صنع ما تحت يده متى كان يعمل في بيته حتى يأخذ أجره ، ومعنى هذا أن عامل الغرس والبناء ، كالبستاني وكالبناء ، والمهندس له حق الامتياز على ما عمل ما لم يسلمه لربه [2] ، ومتى سلمه لربه حاصص بدينه كبقية الغرماء ، كالصانع ، فإن سلَّمَ ما تحت يده للمالك ، فلا امتياز له بل يشارك بقية الغرماء ؛ لهذا كان البناء والمهندس بل والمقاول لهم حق الامتياز ما دام المنزل المبني أو العمارة لم يتسلمها ربها ، وإلا حاصصوا كبقية الغرماء . وهذا في الفلس ؛ لأن النص – ومثل الزرع والغرس والبناء – خاص بحالة الفلس . وأما في حالة الموت فلا امتياز لهم بل يكون دينهم على التركة جميعها ، وتخصيص هذا الامتياز بما زاد عن أصل العين المملوكة للمفلس مثلًا تخصيص عادل فلا يظلم الدائنون الآخرون .

امتياز فصل أملاك الوارث الشخصية عن أملاك مورثه :

لا علاقة بين أملاك الوارث وبين التركة ، فإن القاعدة المقررة أنه لا ميراث إلا بعد سداد الدين [3] . فإذا خلط الوارث أملاكه الشخصية بأملاك المتوفى كان متعديًا ، وليس لدائنيه حق في الاشتراك مطلقًا في تركة المتوفى ، لأن مدينهم وهو الوارث لا يملك في التركة شيئًا قطعًا قبل سداد دين التركة ، ولا يجب على الوارث سداد دين التركة ، إلا بقدر ما خصه في التركة .

فيختص دائنو التركة (دائنو المتوفى) بتركة مدينهم حتى سداد ديونهم ، أو بمقدار ما تسدد من ديونهم ، فإن زاد دينهم عن التركة ، فلا رجوع لهم على الوارث إلا إذا تبرع

---

(1) يقول ابن رشد : « القسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ، ولا الرجوع فيها إلا بالطوارئ عليها . والطوارئ ثلاثة : غبن ، أو وجود عيب ، أو استحقاق ، وأما الرد بالعيب ، فإنه لا يخلو عن مذهب ابن القاسم أن يجب في جل نصيبه ، أو في أقله .. راجع تفصيل ذلك كله في بداية المجتهد جـ 2 ص 270 ص 271 .

(2) تناولت المادة 1148 من القانون المدني المصري والمادة 1135 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية امتياز المقاولين والمهندسين الذين عهد إليهم بتشييد أبنية أو إصلاحها في حدود ما سببه عملهم من زيادة في قيمة هذه الأبنية . ويوافق ذلك ما جاء في المادة 1379 عراقي والمادة 1081 كويتي .

(3) قاعدة : لا ميراث إلا بعد سداد الدين .

هو بما يسدد دينهم ، وإن نقص دينهم عن التركة أخذ الوارث ما زاد عن سداد الديون .

وامتياز دائن المتوفى خاص بأعيان التركة متى كانت موجودة ، فإن تصرف فيها الوارث كان متعديًا ، وضمن القيمة يوم التعدي لدائني التركة ، بل ولدائني التركة الحق في منعه من التصرف ، واسترداد أعيان التركة متى كانت قائمة لم تفت .

ترتيب الامتيازات مع بعضها :

الامتيازات في الديون ترجع إلى طبيعة الدين كما سبق لا إلى شخص الدائن ، فمثلًا يقدم كراء الأرض ، ثم أجر عامل الزراعة ، ثم الراهن للزرع وهكذا .

فإن تعدد أصحاب الديون الممتازة في درجة واحدة ، قسم بينهم حسب قدر ديونهم بنسبة مئوية .

فإن تعارض امتيازات عامة قدم الأهم على المهم . مثلًا : مال الحكومة ، ورسم قضية القسمة للمحكمة التي فصلت في دعوى القسمة يتقدم مال الحكومة؛ لأنه تعلق برقبة العين ، ثم مال رسم القسمة ؛ لأنه تعلق بصفة آلت للعين المقسومة ، فهي مقدمة على الرهن من أحد الشركاء لنصيبه ، فيخرج أولًا أجرة القاسم ، والكاتب ، والحاسب إلخ .

فإن تعارض امتياز صانع أدخل بصنعته في مال المالك ما جعل لها قيمة ، كصباغ أو خياط وصاحب امتياز الضمان الملحوظ ، كناقل مثلًا (حمال أو عربجي أو نوتي [1] إلخ) قدم امتياز من أدخل بصنعته في مال المالك ما جعل لها قيمة ، ثم يليه امتياز الحمّال والنوتي مثلًا . وقد يقدم صاحب الامتياز في الرهن الملحوظ ، كمالك حانوت ، أو بيت في أجرة على ما فيهما من متاع منقول على الصانع صاحب الامتياز نظير أجر عمله ؛ لأنه يشترط كون المصنوع لا زال تحت يد صانعه ، حتى يكون له الامتياز .

وإن تعارض حق الحفظ على الضمان الضمني ، فإن كان منصوصًا على أن حق الحفظ يكون في الذات المحفوظة قدم على الضمان الضمني ، كمن أنفق على لقطته حتى جاء صاحبها ليأخذها فعليه دفع النفقة قبل أخذها ، أو تسليم رقبتها لتباع في ذلك . وإن كان لم ينص على تعلق نفقة الحفظ في الذات المحفوظة ، قدم الضمان

---

(1) النُّوتيُّ : الملاح . والنَّواتي الملاحون في البحر ، وهو من كلام أهل الشام . لسان العرب ، مادة (نوت) 4570/6 .

الضمني كمن أنفق على رهن بدون اشتراط كونها في رقبة الرهن ، ولم تكن النفقة لازمة ، فإن النفقة تكون في ذمة الراهن لا في العين المرهونة . ولمعرفة من تقدم من أصحاب الامتياز يجب الرجوع لنفس الامتيازات ، وبه يعرف قيمة هذا الامتياز .

بند [35] الرهن العقاري

القانون الفرنسي : **الرهن** حق عيني على عقار مخصص للوفاء بالتزامات معينة ، وصفاته القانونية هي :

1 - الرهن حق عيني .
2 - الرهن حق تبعي .
3 - الرهن حق عقاري .
4 - الرهن حق غير قابل للقسمة .
5 - الرهن حق مفرق للملكية .

أولًا : حق عيني متعلق بعين العقار بدون اعتبار للشخص المالك ، ولذا كان للمرتهن حق الأفضلية وحق متابعة العقار ، وهو حق معارض لكل شخص أيًّا كان .

ثانيًا : هذا حق تبعي ، وفي الحقيقة يستعمل الرهن ضمانًا لالتزام ثابت أولًا ، فهو يتبع هذه الالتزامات وجودًا وعدمًا ، وصحة وبطلانًا ، وبقاء وانتقالًا ، فهو تابع للالتزام أين وجد ، ومع ذلك فيجوز للمرتهن استعمال رهنه ضمانًا لدين آخر مع بقاء الرهن كما هو .

ثالثًا : هذا حق عقاري ليس منقولًا ؛ لأنه لا يرتب إلا على العقار فهو عقار بالمادة كحق الاستغلال والانتفاع .

رابعًا : حق غير منقسم بمعنى أن الرهن كله ضامن لجميع أجزاء الدين ، وإن صغرت ، وكل جزء من العقار ضامن للدين كله . لذلك نتج :

1 - إذا دفع جزء من الدين ، فلا يخلص جزء من الرهن بل يبقى الرهن كله ما بقي جزء من الدين أيًّا كان .

2 - إذا مات الراهن وانتقلت العين المرهونة إلى ورثته ، وجاءت في قَسْم أحد الورثة جاز للمرتهن أن يرجع عليها وفاء لدينه ، وإن كان الدين قد توزع على الورثة كل بنصيبه ، ولكن تبقى العين المرهونة ضامنة لما رهنت فيه من الالتزامات حتى يتم الوفاء .

3 - إذا بيعت العين المرهونة مجزأة فكل جزء يعتبر مرهونًا في كل الدين ، ضامنًا له جميعه .

4 – هذا حق يضعف الملكية بمعنى أن العين المرهونة يكون حق ملكها ضعيفًا ، فله حق الاستغلال وحق التصرف مع مراعاة الراهن ، وليس له إبادة أو هدم العين المرهونة .

ومأخذ الرهن ثلاثة أشياء : الاتفاق ، القانون ، حكم قضائي .

الأملاك القابلة للرهن :

لأجل تحقيق الرهن العقاري يجب وجود شرطين أساسيين :

الأول : الرهن العقاري لا يكون على منقول ويستثنى من ذلك :

1 - البواخر (العمارات البحرية) على الأقل عشرون طنًّا ، حتى ولو كانت في دور التكوين فيجوز دهنها .

2 - المراكب التي في الأنهر ، والتي تعادل أكثر من عشرين طنًّا ، ويجب أن تكون مقيدة في سجل المحكمة التجارية فيجوز رهنها .

3 - محلات التجارة يجوز رهنها .

4 - المحصولات الزراعية بطريق الإيداع .

5 - على المنقولات التجارية من الأدوات والآلات المستعملة لاستغلال المنزل بواسطة الإيداع .

الثاني : الرهن لا يكون إلا على بعض العقارات ، وهي كل عقار قابل للحجز والبيع بالمزاد العلني يجوز رهنه . ويمكن حصر العقارات في أربعة أقسام :

(1) عقار بطبيعته : وهي الأرض وما التصق بها ، ويستثنى من ذلك ما لا يدخل في الأعمال التجارية كمهر الزوجة ، وكأملاك الدولة العامة ، أو المديرية أو المركز – الوقف – فترهن الأرض وما اتصل بها وكل حق عليها .

(2) عقار بالتخصيص : وهي المنقولات الملحقة بالعقار والتي اعتبرها القانون تابعة له ، فتدخل الرهن تبعًا للعقار .

(3) عقار بالمادة المتعلقة به ، وهي الحقوق المتعلقة بالعقار . بعض هذه الحقوق يمكن رهنها وبعضها لا يمكن . **فالحقوق العقارية التي يمكن رهنها هي :**

1 – حق الانتفاع المترتب على العقار .

2 – حق الحكر المترتب على عقار .

3 – الحق الناتج عن عقد امتياز المنجم .

4 – الحق الناتج عن عقد امتياز ، أو إذن امتياز إنشاء قوة كهربائية .

والحقوق العقارية التي لا يمكن رهنها هي :

1 – حق الاستعمال والسكنى ، فلا تقبل الرهن ؛ لأنها غير قابلة للحجز ولا الانتهاء .

2 – حق الارتفاق العيني الذي لا يباع بالمزاد العلني ، والذي يكون حقًّا تبعيًّا غير قابل للانفصال من العقار الذي يتبعه ، لكن يجوز رهنه تبعًا للعين المتعلق بها .

3 – الدعاوى العقارية كالاسترداد مثلًا ، فإنها تباع بشكل مفيد .

4 – الرهن المترتب على عقار لا يرهن .

رابعًا : العقار بالاقرار : وهي أسهم منقولة يمكن نقلها إلى العقار باعتراف مالكها في سجل هذه الأسهم ، وذلك كأسهم بنك فرنسا التي يمكن تحويلها إلى عقار [1] .

بند [36] الرهن العقاري

التشريع الإسلامي : تقدم أن الرهن يصح للعقار والمنقول على السواء ؛ فالرهن العقاري خصصه القانون الوضعي بالرهن الواقع على العقار المقابل للمنقول ، وهو حق عيني على عقار مخصص للوفاء بالتزامات معينة [2] .

وهو حق عيني متعلق بعين العقار فكان الأول في الوفاء من الثمن هو المرتهن عند عدم الدفع .

وقد سبق أن قبض الرهن بالفعل ليس شرطًا في العقد ، ولا في صحته ، ولا في لزومه ، بل ينعقد ويلزم بالصيغة ، ثم يطلب المرتهن أخذه ، فلا يتم الرهن إلا بالقبض [3] .

---

(1) انظر : البنود من 2114 إلى 2121 في الباب الثالث ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 166 – 168 .

(2) سبقت الإشارة إلى ما جاء في المادة 1030 وما يقابلها من تعريف للرهن الرسمي ، ونصها : « الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقًّا عينيًا ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون » . وهذه المادة تقابل المادة 1285 من التقنين العراقي ، والمادة 1322 من التقنين الأردني ، والمادة 971 من التقنين الكويتي .
انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 417 .

(3) جاء في الشرح الصغير في الحديث عن أركان الرهن « وصيغه كالبيع ظاهره أنه يكفي ما يدل على =

والرهن تابع للدين وجودًا وعدمًا ، لأنه يشترط أن يكون أخذ من مالكه توثقًا به في دين لازم أو صائر إلى اللزوم ، فإن كان الدين غير لازم أو غير صائر إلى اللزوم [1] ، فالرهن باطل [2] .

ويجوز للراهن رهن فضلة الرهن عن الدين المرتهن فيه ، كأن كان الرهن الأول 100 جنيه ، وثمن العين المرهونة 200 جنيه ، فيجوز الرهن في الفضلة وهو 100 جنيه الزائدة عن الدين الأول ، بشرط أن يعلم المرتهن الأول ، ويرضى بذلك ليصير حائزًا للمرتهن الثاني إذا كان الرهن بيد المرتهن الأول .

فإن كان الرهن تحت يد أمين فيشترط رضاء الأمين دون المرتهن ليكون حائزًا للثانى ، وفضلة الرهن إما ترهن للمرتهن الأول ، وإما أن ترهن لغيره ، فإن رهنت للأول فلابد من تساوي الأجلين ، وإن رهنت لغيره جاز مطلقًا تساوى الأجلين أم لا ؟ نعم يشترط رضاء الحائز له سواء كان هو المرتهن الأول ، أو كان أمينًا غيره .

وإنما اشترطوا رضاء المرتهن الأول بالرهن الثاني إذا كان الرهن بيد أمين ؛ لأن المرتهن الأول يأخذ دينه كاملًا من ثمن الرهن أولا ، ولو لم يبق شيء للمرتهن الثاني فلا ضرر عليه في الرهن الثاني ، وعلى هذا يجوز رهن الرهن بالشروط والقيود المذكورة .

ومتى كان الرهن لعقار فنفس الرهن يعتبر عقاريًا تبعًا للعقار المرهون ، والرهن غير قابل للقسمة . فلو قضى بعض الدين أو سقط فجميع الرهن فيما بقي إلا أن يتعدد الراهن أو المرتهن ؛ لأن كل جزء منه رهن بكل جزء من الدين ؛ ولأنه قد تحول عليه الأسواق فليس للراهن أخذ شيء منه .

فإن تعدد الرهن والمرتهن أو أحدهما فإنه يقضى لمن وفى حصته من الدين بأخذ حصته من الرهن ، كرجلين رهنا دارهما من رجلين فإذا قضى أحدهما حصته من

= الرضا » ، وقال ابن القاسم : « لابد فيها من اللفظ الصريح ... ولزم الرهن بالقول ، فللمرتهن مطالبة الراهن ، ويقضي له به ، ولا يتم الرهن إلا بالقبض » . الشرح الصغير (121/3 ، 124) .

(1) قاعدة : يبطل الرهن إذا كان الدين غير لازم أو غير صائر إلى اللزوم .

(2) الرهن شيء متمول أي من الأمول كانت عينا ، أو عرضا ، أو حيوانًا أو عقارًا أخذ من مالكه توثقًا به في دين لازم من بيع ، أو قرض ، أو قيمة متلف ، أو دين صائر إلى اللزوم كأخذ رهن من صانع ، أو مستعير خوفًا من ادعاء ضياع فيكون الرهن في القيمة . الشرح الصغير (121/3) .

الدين كان له أخذ حصته من الدار . وإذا تعدد المرتهن ، واتحد الراهن كما لو رهن زيد عمرا وبكرا رهنًا ، ووفّى أحدُهما حقَّه كان له أخذ حصته من الرهن إذا كان الرهن ينقسم ، وإلا كانت تلك الحصة أمانة عند المرتهن الثاني ، أو يجعل الرهن كله تحت يد أمين ، ولا يمكّن الراهن منه لئلا يبطل حوز رهن الثاني . وإذا اتحد المرتهن وتعدد الراهن ، كما لو رهن زيد وعمر دارًا يملكانها من بكر ، فكل من قضى دينه مكن من حصته ، ولا يحتاج في هذه لأمين إذا مات الراهن وانتقلت العين المرهونة إلى ورثته ، فإنها ملك للورثة مرهون نظيرَ الدين بشرط أن لا تجول يد الراهن أو ورثته في الرهن ، وإلا بطل الرهن ؛ فلا يؤخذ الرهن حتى يدفع الدين ، فإن لم يدفع الدين بيع الرهن وسدد الدين من ثمنه أولًا . فإن بيع الرهن مجزأً دفع ثمن كل جزء يباع منه في الدين حتى يتم سداده ؛ لأن كل جزء من الرهن ضامن لكل جزء من الدين . والرهن حق يضعف الملكية فينزع الرهن من يد مالكه ليودع تحت يد المرتهن ، أو يد أمين فيستغلها المرتهن ، أو الأمين لحساب الراهن المالك باطلاعه لا المالك ، فلا يضع يده على الرهن وإلا بطل .

وللمالك حق التصرف في العين المرهونة ببيع ، وغيره بشرط سداد الدين المأخوذة فيه ، وفيه التفصيل الآتي :

1 - بيع الرهن قبل قبضه [1] : لو باع الراهن الرهن قبل قبضه مضى بيعه ، وإن كان لا يجوز ، إن فرط المرتهن في طلبه ، وإن لم يفرط فهل يمضي بيعه ، ويكون الثمن رهنًا في الدين أو لا يمضي بل يرد ويكون رهنًا في الدين ، (قولان) ، ولابن رشد أنه ليس للمرتهن

---

(1) تضمنت المادة 1043 من القانون المدني المصري والمادة 1046 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة النص على حق الراهن في التصرف في المرهون أي تصرف لا يؤثر في حق المرتهن . وينطلق الحكم بذلك من أن نظام الرهن يقوم على التوفيق بين حق ملكية الراهن للرهن ، بما يتضمنه من قدرة على التصرف وبين حق المرتهن في التوثق لدينه . ولهذا نصت هذه المادة على الاعتراف للمالك بحقه في التصرف في ملكه ما دام تصرفه لا يؤثر على حق المرتهن في حبس العين المرهونة إلى حين الوفاء بالدين . وهذا هو ما تناولته المادة 1335 أردني والمادة 1295 عراقي . ويتفق ذلك إلى حد كبير مع ما ذهب إليه الفقهاء المسلمون . ولا خلاف بينهم على أنه لا يجوز للراهن التصرف في المرهون بعد لزوم العقد بأي وجه من وجوه التصرف المزيلة للملك كالبيع والهبة والوقف ، لأن مثل هذا التصرف مما يزاحم المرتهن في الاستيثاق لدينه . فإن تصرف الراهن بأي من ذلك كان تصرفه موقوفا على إذن المرتهن صيانة لحقه . المغني لابن قدامة 401/4 والقوانين الفقهية 319 ونهاية المحتاج 259/4 وكشاف القناع 334/3 .

رد بيع الرهن ، وإنما له فسخ بيع سلعته ، إن كان في بيع ؛ لأنه باعها على شرط الرهن لشيء بعينه فلما بيع رهنه كان أحق بسلعته إن كانت قائمة ، أو قيمتها إن كانت هالكة .

2 - بيع الرهن بعد قبضه : مضى بيع الرهن بعد أن قبضه المرتهن إن باعه بمثل الدين فأكثر ، والدين عين ، أو عرض ، أو قرض وإلا فله الرد [1] .

فإن أجاز المرتهن بيع الرهن تعجل دينه من ثمنه مطلقًا .

ويمنع الراهن من إبادة الرهن ، أو هدمه ، أو التعرض للمرتهن في وضع يده عليه .

ومأخذ الرهن الاتفاق . وقد يحكم القاضي بالرهن ، أو الحميل في ثمن بيع ، أو فرق بدل مثلًا ، فيصح أن يكون مأخذ الرهن الاتفاق والقضاء في الأملاك القابلة للرهن .

ولا يتم الرهن إلا بالقبض ، والقبض بالفعل ليس شرطًا في انعقاده ، ولا في صحته ولا في لزومه بل يلزم وينعقد بالصيغة ، ثم يطلب المرتهن أخذه ؛ إذ يتحقق الرهن بالقبض .

فالرهن يكون في العقار والمنقول وإن كان الرهن العقاري خاصًا بالعقار ؛ لأنه منسوب إلى العقار ، فيدخل في الرهن كل ما يمكن أن يباع من (كل طاهر منتفع به مقدور على تسليمه معلوم غير منهي عنه ، ويدخل فيه رهن الدين فيجوز من المدين وغيره [2]) .

فيصح رهن :

1 - البواخر صغيرة أو كبيرة ، سائرة أو في دور التكوين .

2 - المراكب صغيرة أو كبيرة ، وليس بشرط قيدها في السجل التجاري ،

---

(1) يقول الدردير : « لو باع الراهن الرهن مضى بيعه ، وإن كان لا يجوز قبل أن يقبض المرتهن منه إن فرط مرتهنه في طلبه حتى باعه راهنه ، ويبقى دينه بلا رهن لتفريطه .. » الشرح الصغير جـ 3 ص 130 ، 131 ، 132 .

(2) اتفق الفقهاء على جواز رهن كل متمول يمكن أخذ الدين منه أو من ثمنه عند تعذر وفاء الرهن بالدين . ومذهب الشافعية والحنابلة أن كل ما جاز بيعه جاز رهنه ، لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى من ثمنه الدين ، ولذا يصح عندهم رهن المشاع قَبلَ القسمة أم لم يقبلها . ورأى المالكية جواز رهن ما فيه غرر يسير . واشترط الحنفية في المرهون حيازته ؛ فلا يجوز رهن المشاع ، وإفراغه من ملك الراهن ؛ فلا يجوز رهن شيء مشغول بملك الراهن كدار فيها متاعه . المغني لابن قدامة 374/4 ، نهاية المحتاج 238/4 والهداية 126/4 . أما في القانون فإن الرهن الرسمي لا يرد إلا عقارًا (المادة 1035 مدني مصري) ولا يرد الرهن الحيازي إلا على ما يمكن بيعه بالمزاد العلني من منقول أو عقار استقلالا . (المادة 1097 مدني مصري) ويقترب ذلك مما أخذ به علماء المذهب الحنفي ؛ فقد نصت المادة 709 من المجلة العدلية على أنه « يشترط أن يكون المرهون صالحا للبيع ، فيلزم أن يكون موجودًا ، ومالا متقوما مقدور التسليم وقت الرهن » . وهو الذي نصت عليه المادة 554 من مرشد الحيران .

(وإن كانت كل مركب لها نمرة ومقيدة حسب القانون) .

3 - محلات التجارة .

4 - المحصولات الزراعية والثمار ، حتى ولو لم يبد صلاحها ، بل ولو لم توجد بالفعل .

فإن رهن ما لم يبد صلاحه من ثمر أو زرع انتظر ليباع بعده في الدين ، وحاصَّ مرتهنه في الموت ، والفلس فيما عدا الثمرة أو الزرع الذي لم يبد صلاحه ، فإذا صلحت بعد المحاصة بيعت ، واختص المرتهن بثمنها فإن وفى ثمنها بالدين رد للغرماء ما كان أخذه في المحاصة ، وإلا يف الثمن بدينه قُدِّر أولًا محاصًّا للغرماء بما بقي له من دينه بعد اختصاصه بما أخذه من الثمن بالجميع .

5 - والمنقولات التجارية من أدوات وخلافه .

والرهن يكون على كل عقار يصح بيعه فكل ما صح بيعه صح رهنه .

فترهن الأرض وما اتصل بها ولو كان مهرًا للزوجة ؛ لأنه يصح بيعه بعد الدخول . ولا يصح رهن أملاك الدولة ولا عين الوقف ؛ لأنها لا تباع ولكن ترهن المنفعة .

ويرهن العقار بالتخصيص تبعًا للعقار الملحقة به ، ويرهن حق المنفعة المترتبة على العقار لاحق الانتفاع ؛ لأنه حق شخصي فلا يباع ولا يرهن ، ويرهن حق الحكر ، وحق امتياز المنجم ، أو إحداث قوة كهربائية .

فلا يرهن كل حق لا يجوز بيعه ، ويصح رهن السندات العقارية وغير العقارية؛ لأنها رهن دين ، وهو جائز على التفصيل الآتي :

1 - **رهن الدين للمدين** : لا بد في صحة الرهن أن يكون أجل الدين الرهن مثل أجل الدين الذي فيه الرهن ، أو يكون أبعد منه سواء أكان الدينان من بيع ، أو من قرض .

فإن كان أجل الدين الرهن أقرب ، أو كان الدين الرهن حالًّا منع الرهن لأدائه لأسلفني وأسلفك ، إن كان الدينان من قرض ، ولأدائه لاجتماع بيع وسلف إن كانا من بيع . وذلك لأن دين الرهن إذا كان أقرب أجلًا فبقاؤه بعد حلوله عند المدين إلى حلول أجل المؤجل يعد سلفًا ، وهو مصاحب للبيع أو القرض .

2 - **رهن الدين لغير المدين** ، يشترط في صحة قبضه الإشهاد على حوزته ودفع الوثيقة

للمرتهن . وأما الجمع بين من عليه الدين والمرتهن فشرط كمال . هذا هو الصواب [1] .

بند [37] الرهن العقاري الاتفاقي

القانون الفرنسي : الرهن العقاري الاتفاقي هو ما نتج عن إرادة صريحة موضحة في اتفاق خاضع إلى أشكال خاصة .

الرهن العقاري يخضع في وجوده ، وصحته إلى شروط خاصة لكل من حالتيه .

شروط وجودٍ وشروط صحةٍ خاصة بالرهن :

الرهن أولًا يكون من المدين ، أو الشريك في الدين ، أو الضامن ، أو شخص أجنبي . ويشترط في كل شخص يريد إيجاد رهن على عقار شرطان :

الأول : أن يكون الراهن مالكًا للعقار المرهون ، فرهن ملك الغير باطل بطلانًا مطلقًا ، فينتج عن ذلك :

1 - أنه يجوز طلب هذا الإلغاء من كل شخص له مصلحة في ذلك ، وخصوصًا الدائنين المرتهنين ، أو الدائنين بسند عرفي للراهن .

2 - أنه لا يمكن تصحيح الرهن لملك الغير بأي طريق كان ، فلو تملك الراهن لملك الغير ما رهن ، أو أجاز المالك للعقار المرهون الرهن فلا ينقلب الرهن صحيحًا بل يعتبر ابتداء رهن جديد .

والرهن العقاري يكون على العقار المملوك حالًا لا مستقبلًا ، فهو رهن لملك الغير وهو ممنوع .

ويجوز الرهن لمالك بشرط معلق أو ملغ ، ويكون الرهن خاضعًا لما تخضع له الملكية من وجود وعدم ، فهو رهن معلق على شرط .

---

(1) تناولت المادة 1123 من القانون المدني المصري أحكام رهن الدين ، كما تناولت المادة 1124 من هذا القانون جواز رهن السندات الاسمية والسندات الإذنية . ويختلف موقف الفقهاء المسلمين من ذلك ؛ فالمادة 709 من المجلة العدلية والمادة 554 اللتان سبقت الإشارة إليهما تشترطان أن يكون المرهون صالحا للبيع موجودا متقومًا مقدورا على تسليمه وقت الرهن . وتنص المادة 16 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام الشافعي على أنه « يلزم في المرهون أن يكون عينًا ولو مشاعًا » . وجاء في شرح هذه المادة أنه لا يصح رهن دين ولو ممن هو عليه ، لأنه غير مقدور على تسليمه .. كما لا يصح رهن منفعة جزما ، كأن يرهن سكنى داره مدة ، لأن المنفعة تتلف فلا يحصل بها استيثاق ، ولا يصح كذلك رهن عين لا يصح بيعها كوقف مثلًا .

رهن حصة العقار المشترك قبل القسمة ، أو حصة الغير قابلٍ للقسمة جائز ، ومتى تمت القسمة كان نصيبه هو المرهون ؛ لأن القسمة إظهار لا إيجاد .

فالوارث في نصيبه ، أو الشريك كذلك ، كأنه كان مالكًا لما خرج في نصيبه قبل توقيع الرهن فقد أوقع الرهن على ما يملك بشرط أن تقع العين المرهونة في نصيبه ، فإن وقعت في نصيب غيره كان الرهن ملغيًا .

فإن صادق جميع الشركاء على الرهن المتوقع من أحدهم كان صحيحًا أيًا كانت نتيجة القسمة ، فالرهن يبقى صحيحًا على العين المرهونة ، ولو لم تخرج من نصيب الراهن .

الثاني : أن يكون أهلًا للتمليك؛ لأن الرهن نوع من التمليك الجزئي . ولذا فالقاصر الذي دون سن الرشد ، ولو فكت عنه الوصاية مؤقتًا ، والممنوع قضائيًا لا يجوز لهما الرهن ، والمرأة المتزوجة تحت فصل أملاكها من أملاك زوجها لا يجوز لها الرهن إلا بإذن زوجها ، والمرأة المتزوجة تحت نظام المهر لا يجوز لها رهن عقار المهر ولو بإذن زوجها ، والمبذر الموضوع تحت سلطة المجلس القضائي لا يجوز له الرهن إلا بحضور المجلس المذكور .

ويترتب على مخالفة ركن أهلية التمليك أن الرهن إذا تم من عديم الأهلية يقع باطلًا [1] بطلانًا خاصًا لا يلغى إلا إذا طلب إلغاءه مَنْ عَقَدَه شخصيًا أو دائنوه . ويستثنى من هذه القاعدة - من ليس أهلًا للتمليك لا يجوز رهنه - حالتان يجوز فيهما الرهن :

أولًا : القاصر التاجر يجوز له رهن عقاره لضرورة تجارية ، ومع ذلك لا يجوز له تمليكها للغير .

ثانيًا : تحت نظام الشركة في أملاك الزوجين متى أعلنت الزوجة بعض عقارها منقولا لغاية مبلغ معين ، فالزوج لا يجوز له بيع هذا العقار ، ولكن رهنه لغاية المبلغ الذي جعل منقولا من أجله .

شروط الشكل :

يشترط في عقد الرهن أن يكون علنًا يسمع إشهاده على يد مسجل العقود ، أو

(1) قاعدة : الرهن إذا تم من عديم الأهلية يقع باطلًا بطلانًا لا يلغى إلا إذا طلب إلغاؤه . ويستثنى من ذلك القاصر ونظام الشركة في أملاك الزوجين .

عمل العقد عرفيًا وأمضى عليه مرتب الرهن ، ثم وضع عند مسجل العقود من الطرفين ، أو من الراهن فقط؛ لأن وضعه لدى مسجل العقود يساوي علانيته .

ومسجل العقود وهو المختص بسماع إشهاد الرهن أو تلقيه عند الرهن العرفي ، وليس لأحد من الموظفين ولا للمحاكم سماع هذا الإشهاد مطلقًا ، ويكون باطلًا لو وقع .

ويستثنى من ذلك حالتان يصح الرهن فيهما دون أن يكون أمام مسجل العقود :

أولًا : العقود المحررة من الحكومة في شكل إداري يمكن أن تتضمن الرهن وشروطه .

ثانيًا : في مواد رهن العمارات البحرية في البحار ، أو في الأنهر الملاحية لا تحتاج إلى مسجل العقود .

عقد الرهن المنعقد في خارج فرنسا على أملاك عقارية في فرنسا غير صحيح ، ولا يعمل به بل يجب أن يكون عقد الرهن محليًا .

خصوصية الرهن : خصوصية الرهن هو الأساس المبني عليه الرهن ، بمعنى أن الرهن يجب أن يكون على عقار محدود مبين نظير دين محدد في عقد الرهن . وهذه الخصوصية في الرهن تكون في الرهن الاتفاقي ويخرج عنه .

أولًا : الرهن القانوني وهو : للزوجة ، والقاصر ، والمحجور عليه ، وما يتعلق بالشخصية الأدبية من الأعمال الإدارية .

ثانيًا : الرهن القضائي يكون عامًّا بالنسبة للرهن ، ويكون خاصًّا بالنسبة للدين . وتظهر خصوصية الرهن في الصورتين الآتيتين :

(1) يوجد خصوصية في العين المرهونة .

(2) يوجد خصوصية في الدين المضمون .

أولًا : خصوصية العين المرهونة : القاعدة أن الرهن لا يقع صحيحًا إلا على أملاك خاصة محددة ، وموجودة حالًا في أملاك المدين . وينتج عن ذلك :

(1) أن الأملاك المرهونة يجب أن تكون موضحة توضيحًا خاصًّا ببيان طبيعتها ، وحالة العقارات المرهونة بشكل لا لبس فيه كالحدود ، ومكان الوجود ، ونوع العقار إلخ . كل ذلك يذكر في عقد الرهن نفسه ، فإن أغفل ذلك صح إلحاق عقد الرهن ببيان رسمي يذكر فيه جميع هذه البيانات ، وصح الرهن بعد ذلك .

فإن خالف المتعاقدان ما ذكر كان عقد الرهن باطلًا بطلانًا أصليًا فلا ينقلب صحيحًا ، ويجوز طلب بطلانه من كل شخص له مصلحة في ذلك .

(2) منع رهن الأملاك المستقبلة ، بمعنى أن الرهن يقع صحيحًا متى وقع على أملاك موجودة بالفعل في أملاك المدين وقت الرهن . ويستثنى من ذلك :

الأول : عدم كفاية الأملاك المرهونة لضمان الدين ، فإنه يجوز رهن الأملاك المستقبلة بشروط :

(1) يجب أن يكون للمدين أملاك حاضرة ، فإذا لم يكن شيء لا يصح رهن الأملاك المستقبلة .

(2) يجب أن تكون الأملاك الحاضرة خالية من الرهن أي غير مستغرقة ، وإلا اعتبر كأنه لا يملك شيئًا .

(3) يجب أن تكون الأملاك الحاضرة الخالية من الرهن لا تكفي لضمان سداد الدين .

(4) يجب ذكر عدم كفاية الأملاك الحاضرة في عقد الرهن .

الثاني : نقص الضمان الكافي في الرهن الحالي ، كما إذا حصل للعقار المرهون ما أنقص قيمته حتى أصبح لا يفي بقيمة الدين . فإن كان تسبب من عمل المدين فللدائن الحق في طلب دينه وإن كان لأجل . وإن كان تسبب بغير عمله ، فللمدين إلزام دائنه بقبول رهن أملاكه المستقبلة ، وليس للدائن الامتناع .

خصوصية الدين المضمون بالرهن : بمعنى أن المبلغ الذي ضمن بالرهن يجب أن يكون معلومًا مبينًا في عقد الرهن ولو تقديريًا ، فإن لم يخصص الدين المضمون بالرهن كان الرهن باطلًا [1] .

بند [38] الرهن العقاري الاتفاقي

التشريع الإسلامي : بما أننا نجاري ترجمة القانون الوضعي فسنسير في المقارنة وَفْق الفقه المذكور .

فالرهن العقاري الاتفاقي ما صدر عن الراهن بدلالة الحال ، أو المقال لعقار قدمه

(1) انظر : البنود من 2124 إلى 2133 في الفصل الثالث ، من الباب الثالث ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 169 – 172 .

رهنًا نظير دين ، أو نظير تنفيذ التزام أيًّا كان .

والرهن يكون من المدين ، أو الشريك في الدين ، أو الضامن ، أو شخص أجنبي .

ويجب أن يكون الراهن مالكًا لما رهن . والقاعدة العامة أن من له البيع له الرهن[1] . ولا خلاف في المذهب في أن القبض ليس من حقيقة الرهن ولا شرطًا في صحته ولا لزومه ، بل ينعقد ويصح ويلزم بمجرد القول ، ثم يطلب المرتهن الإقباض [2] . (قال ابن الحاجب [3] : يصح الرهن قبل القبض ولا يتم إلا به) .

ويشترط في صحة الرهن أهلية البيع ، وهو التمييز . ويشترط في لزومه الرشد والتكليف . فمن يصح بيعه يصح رهنه ؛ فلا يصح من مجنون ، ولا من صبي غير مميز ، ويصح من المميز والسفيه ، ويتوقف على إجازة وليهم إن اشترط في صلب العقد في البيع أو القرض وإلا فهو تبرع باطل ، ويلزم من المكلف الرشيد .

ومتى وقع الرهن باطلًا فيجوز طلب بطلانه لكل ذي مصلحة خصوصًا الدائنين .

ورهن ملك الغير موقوف على إجازة المالك ، فلا فرق بين البيع والرهن . وقد سبق في العقود أن بيع الفضولي موقوف على إجازة المالك وكذلك رهنه . وبما أن الرهن لا يتم إلا بالحوز ، ومتى وجد الحوز اختص به الحائز متى كان حوزه بحق من ذي صفة ؛ فلو رهن زيد ملك عمرو في دين بكر ، ثم أفلس عمرو بعد إفلاسه أجاز رهن زيد لملكه في دين بكر فلا يكون بكر مرتهنًا ، لأنه وضع يده بحق من

---

(1) قاعدة : من له البيع له الرهن .

(2) ولزم الرهن بالقول أي الصيغة ، فللمرتهن مطالبة الراهن ، ويقضى له به ، ولا يتم الرهن إلا بالقبض . الشرح الصغير (124/3) وهذا مذهب المالكية الذين اتجهوا إلى الحكم بلزوم الرهن بالعقد ، ويجبر الراهن على التسليم للمرتهن وإقباضه ما رهنه ، لأن آثار العقد تترتب عليه ، لا على ما هو من سببه . ومذهب الأحناف والشافعية والحنابلة أن عقد الرهن لا يلزم إلا بالقبض ، لقوله تعالى : ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ فلو لزم عقد الرهن لما كان لهذا الوصف فائدة . حاشية ابن عابدين 308/5 ، ونهاية المحتاج 253/4 والمغني لابن قدامة 364/4 .

(3) ابن الحاجب هو : الشيخ الإمام العلامة المقرئ الأصولي النحوي أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر ابن يونس الكردي الدويني المالكي . ولد سنة سبعين وخمسمائة ، بدأ أبو عمرو بالقاهرة وحفظ القرآن وأخذ بعض القراءات عن الشاطبي ، وسمع منه « التيسير » ، كان رأسًا في العربية ، وعلم النظر . درس بجامع دمشق وبالتورية المالكية . قال ابن خلكان : كان من أحسن خلق الله ذهنًا . روى عنه ياقوت الحموي والمنذري والدمياطي . سير أعلام النبلاء 489/16 ، 490 .

غير ذي صفة ، فيأخذ الدائنون الرهن بينهم في ديونهم محاصصة [1] .

فإجازة المالك لرهن الفضولي يعتبر من يوم الإجازة لا من يوم الرهن ، فهو ابتداء رهن حقيقة .

والرهن مطلقًا في عقار ومنقول يصح ، ولو كان فيه غرر [2] حتى ولو اشترط في العقد . وقد قال ابن القاسم في المدونة : « يجوز رهن الزرع والثمر قبل بدو صلاحهما » [3] ؛ لأن عقد الرهن لا يرجع على عقد البيع أو القرض بشيء ؛ لأنه تبع والجواز ترك الرهن من أصله فشيء في الجملة خير من لا شيء .

على أنه يشترط في الغرر أن يكون خفيفًا فإن كان الغرر قويًا ، فلا يجوز الرهن كرهن جنين في بطن أمه [4] .

والرهن يكون على الأملاك الحاضرة لا على المستقبلة [5] ، فإن رهن أملاكه المستقبلة بلا تعيين كأن قال : « كل ما أملك من عقار مثلًا فهو رهن في دينك » فهو غير صحيح ؛ لأنه يلزم أن يتم بالقبض وأن لا يكون فيه الغرر قويًا ، وهذا على النقيض ، وإذا ترافع ليقبض فلا يجد شيئًا . وإن رهن أملاكه المستقبلة معينة بأن قال : « أرهنك هذا المنزل لأني سأشتريه » فلا يجوز ؛ لأنه لا يزال في ملك الغير » .

ويجوز الرهن بشرط معلق أو ملغ ، والرهن تبع للملك وجودًا وعدمًا .

رهن حصة العقار المشترك قبل القسمة جائز ، وكذا حصة العقار غير القابل للقسمة

---

(1) يقول الدردير : « ويلزم الرهن بالقول أي الصيغة ، فللمرتهن مطالبة الراهن ، ويقضى له به » . الشرح الصغير جـ 3 ص 124 .

(2) جاء في الشرح الصغير « ولو كان المتمول ملتبسا بغرر كآبق ، وثمرة لم يبد صلاحها ، فإنه يصح رهنه » الشرح الصغير (121/3) .

(3) المدونة 153/4 .

(4) إن اشتد الغرر ، فلا يصح الرهن كالجنين . الشرح الصغير (121/3) .

(5) قاعدة : الرهن يكون على الأملاك الحاضرة لاعلى المستقبلة . وقد جاءت الفقرة الثانية من المادة 1033 من القانون المدني المصري والمادة 1091 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية النص على بطلان رهن المال المستقبل . ونصت المادة 1328 من القانون المدني الأردني على وجوب أن يكون العقار المرهون رهنا تأمينيا قائما وموجودا عند إجراء الرهن . ومن ثم فإنه لا يجوز رهن المال المستقبل ، طبقا لما بينته المذكرة التوضيحية التي جاء فيها أن مصدر هذا الحكم هو المادة 709 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 976 من مرشد الحيران وبدائع الصنائع 135/6 . ولا ينصرف هذا إلى الرهن التأميني أو الرسمي وحده وإنما يشمل الرهن الحيازي كذلك .

وسواء كان الباقي للراهن أو لغيره ، لكن إن كان الباقي لغير الراهن اقتصر المرتهن في الحوز على حصة الراهن ، وإن كان الباقي له حاز ماله كله ما رهن وما لم يرهن .

ولا يستأذن شريكه في الرهن للجزء المشاع حيث لا يمنعه تصرف شريكه بالبيع ، أو الرهن من التصرف في نصيبه [1] .

وللشريك الذي لم يرهن أن يقسم بإذن الراهن ويبيع حصته ، ولو من غير إذن شريكه ويسلم للمشتري ما باعه له بغير إذن شريكه ، فإن نقصت حصته ببيعها مفردة أجبر الراهن على البيع معه ، وكان ثمنه رهنًا إن بيع بغير جنس الدين ، وإلا قضي الدين منه إن لم يأت برهن ثقة .

فإن كان نصيب الراهن في المشاع جزءًا عامًا كربع ، أو ثلث ، أو نصف مثلًا صح بلا شرط آخر . وإن كان النصيب مشاعًا لكنه رهن منزلًا معينًا فهل يصح الرهن بلا خلاف أو لا يصح ؟ لأنه تصرف في ملك الغير كشريك في دابة ، فإنه لا يجوز لأحدهما بيع حصته منها وتسليمها للمشتري بغير إذن شريكه الحاضر ، أو إطلاع الحاكم إن غاب ؛ لأنه تصرف في حصة شريكه بغير إذنه ؛ لأن كل جزء منها بينهما ، ولهذا التعليل قال بعض المتشرعين في المذهب : بعدم صحة رهن المشاع ، وإن كان المشهور أنه صحيح كما سبق .

أما إن صادق الشريك على رهن حصة شريكه المشاعة فلا كلام في صحة الرهن [2] .

ومن يملك حق البيع يملك حق الرهن [3] فلا رهن للقاصر ولا للمحجور عليه [4] ،

---

(1) « للراهن الذي رهن الجزء المشاع استئجار جزء شريكه » . الشرح الصغير (122/3) .

(2) جاءت الفقرة الثانية للمادة 1039 من القانون المدني المصري والمادة 1038 مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية والفقرة الأولى من المادة 1331 مدني أردني بالنص على أن للشريك في عقار شائع أن يرهن حصته ، ويتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة المفرزة التي تقع في نصيبه مع مراعاة قيده في دائرة التسجيل . وقد أجازت القوانين الحديثة رهن المشاع فيما هو واضح في هذه المواد . أما في الفقه الإسلامي فقد اتضح مما سبقت الإشارة إليه عند حكاية آراء الفقهاء في شروط الرهن أن رهن المشاع محل خلاف بين المذاهب الفقهية ؛ فمذهب مالك والشافعي جواز رهن المشاع (بداية المجتهد 229/2 والمهذب 308/1) وهو ما يتفق مع الاتجاهات التشريعية الحديثة .

(3) قاعدة : من يملك حق البيع يملك الرهن ، ولا يجوز الرهن للقاصر ولا المحجور عليه .

(4) يجوز الرهن من من ولي محجور كأبٍ ، أو وصي ، أو غيرهما من مال المحجور . الشرح الصغير (123/3) وهو ما نصت عليه المادة 1327 من القانون المدني الأردني التي جاء فيها : « 1 - يجوز للوصي بإذن المحكمة أن يرهن مال الصغير أو المحجور عند أجنبي بدين له على أيهما . 2 - ولا يجوز له أن يرهن ماله عند الصغير أو المحجور ، ولا ارتهان مال أيهما لنفسه » .

وأما المرأة المتزوجة فيجوز لها الرهن كما يجوز لها البيع . وفي مذهب الإمام مالك ليس لها التصرف في الزائد عن الثلث ، وهل لها رهنه ؟ الظاهر لا ؛ لأنه يجب المحافظة على مال الزوج فيما زاد على الثلث ؛ لأن الرهن قد يكون طريقًا للضياع ، أو حيلة للزوجة للتصرف فيما زاد على الثلث ، وقيل : يجوز لها ذلك على التفصيل الآتي؛ لأن الرهن إن كان مشروطًا في عقد البيع أو القرض فهو جزء من العوض أو التوثق فيصح ، وإن لم يكن مشروطًا بل تبرعت الزوجة به فهو تصرف بلا عوض ، فإن زاد عن الثلث كان للزوج منعه ، وإلا بأن كان أقل من الثلث أو كان بإذن الزوج صح وجاز . ونميل إلى هذا الرأي ؛ لأنه أدعى إلى عدم القيل والقال بين الزوجين خصوصًا إذا كان بينهما أولاد .

القاصر التاجر متى كان مأذونًا له في التجارة من وليه صح رهنه المتعارف في العرف التجاري [1] ، متى كان خفيفًا كرهن البضائع نظير ثمنها أو الباقي عليها . وأما رهن العقار ففيه خطر ولو كان تاجرًا فيجب أن يكون وليه حاضرًا ؛ لأن الإذن في التجارة معناه بيع وشراء فيما أذن له فيه من سلع وعروض في محل التجارة ، وليس معناه الإذن في رهن عقاره فهو غير صحيح من القاصر إلا بإذن وليه أو القاضي .

وليس في التشريع الإسلامي نظام شركة الزوجين ، فللزوجة أن تتصرف كما تشاء في أقل من الثلث عند مالك . وعند غيره من الأئمة أن الزوجة مطلقة التصرف كما تشاء ، كالرجل سواء بسواء .

ولا يشترط في الرهن أن يكون أمام مسجل العقود بل يوجد علانية أمام شهود ، أو في مكتوب بين الطرفين ، إلا إذا كان عقارًا فقد أمر ولي الأمر أن يكون مسجلًا فيجب أن يكون مسجلًا حسب النظام المتبع [2] قانونًا .

خصوصية الرهن : يجب أن تكون العين المرهونة محددة بحدود ومعالم بينة

---

(1) قاعدة : القاصر التاجر متى كان مأذونًا له في التجارة من وليه صح رهنه .

(2) هذا من التطور الحديث الذي يسره ظهور نظام الشهر العقاري . ولذا اتجهت القوانين الحديثة إلى اشتراط التسجيل لنشوء الرهن التأميني أو الرسمي . وهو ما نصت عليه المواد 1031 مصري ، 1286 عراقي ، 1323 أردني ، ونصها أنه « لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله ، ويلتزم الراهن نفقات العقد إلا إذا اتفق على غير ذلك » . وقد أشارت المذكرة التوضيحية لهذه المادة إلى أن تسجيل عقد الرهن التأميني ركن فيه ، ولا يقوم بغيره . ويتفق هذا الاتجاه مع المقصود من شرع الرهن ، وهو الاستيثاق ، كما يتفق مع الأمر القرآني بكتابة الالتزامات ، طبقا لما جاء في آية المداينة .

ظاهرة لا تخفى على أحد عند التنازع ، فيذكر المكان والحدود الأربع ، واسم الحوض ، ونمرته ، والقطعة ورقمها ، والزمام ، والقرية ، والمركز ، والمديرية .

ويجوز رهن الأملاك المرهونة متى كان فيها فضلة ورضي المرتهن بذلك .

ونقص الرهن بالهلاك أو الاستحقاق من ملك الراهن يلزم الراهن بسداد دينه حتى ولو كان مؤجلًا متى كان هذا الإخلال آتيًا من المدين بفعله ، كأن باع الرهن وسلمه مثلًا فيعجل دين المرتهن ، أو يقال للراهن : أحضر رهنًا مكانه أو ضامنا ثقة ، فإن فعل فلا كلام للمرتهن إلا إذا كانت مصلحته في عين الرهن المنقوص ظاهرة ، فيعجل الوفاء بالدين .

خصوصية الدين المضمون في الرهن : يجب أن يكون الدين المضمون محددًا أو آيلا للتحديد ، ولازمًا أو آيلا للزوم وقت الرهن ، فما أخذ رهنًا فيه لا يؤخذ رهنًا في دين جديد حصل بعده ، بل إنه من مبطلات الرهن جعله في قرض جديد مع دين قديم واختصاص الجديد به [1] .

بند [39] الرهن القانوني

القانون الفرنسي : الرهن القانوني هو ما منحه القانون إلى بعض الديون ضمانًا لسدادها لأفضلية خاصة . ومواضع الرهن القانوني هي :

(1) الرهن القانوني للمرأة المتزوجة على ملك زوجها .

(2) الرهن القانوني للقاصر والمحجور عليه على أملاك وصيهما .

(3) الرهن القانوني للحكومات ، والمديريات ، والمراكز ، والمؤسسات العامة على أملاك المحصلين ، والمديرين ورؤساء الحسابات .

(4) الرهن القانوني للموصى لهم .

(5) الرهن القانوني لجملة الدائنين في حالة الإفلاس ، أو التصفية القضائية (الامتيازات العقارية المنقلبة من الرهن العقاري لعدم تسجيله في ميعاده القانوني) .

وقد أضاف بعض المتشرعين على ذلك ما يأتي :

أولًا : الامتياز العقاري حتى المسجل قانونًا ، والمسمى بالرهن القانوني الامتيازي .

---

(1) وبطل الرهن بجعله في قرض جديد اقترضه من إنسان له عليه دين قبله ، وجعل ذلك الرهن فيه مع دين قديم من قرض ، أو بيع أي جعله فيهما معا لأنه سلف جر نفعا . الشرح الصغير (124/3) .

ثانيًا : الرهن القضائي ؛ لأن أساسه من القانون لا من قرار القاضي .

وسيبحث في هذا الباب الرهن القانوني للمرأة المتزوجة ، والقاصر ، والمحجور عليه :

أولًا : الرهن القانوني للمرأة المتزوجة :

المرأة المتزوجة لها بقوة القانون رهن قانوني على أملاك زوجها العقارية لضمان دينها الذي لها قبل زواجها لاستحالة التقاضي الأدبية بالنسبة لحالة الزواج ، فأعطاها القانون الرهن على أملاك زوجها العقارية ضمانًا لحقها .

وهذا الحق منحه القانون للمرأة المتزوجة أيًّا كان نظام زواجها ، ولو كان مع احتفاظ كل واحد من الزوجين بأملاكه .

فإذا كان الزواج باطلًا فليس للمرأة حق الرهن ؛ لأن العقد الفاسد لا ينتج عنه عمل صحيح ، فإذا كانت الزوجة حسنة النية واعتبر الزواج فاسدًا ، فإنه يجوز للمرأة التمسك بحق الرهن القانوني إلى يوم الحكم بالفسخ .

والدين المضمون بهذا الرهن هو كل دين وحق يمكن أن يكون للمرأة المتزوجة في ذمة زوجها بعنوان كونها زوجة من غير تحديد ، ولا حصر ، وذلك :

أولًا : الدين المتسبب عن المهر ، وهو كل ما حملته المرأة وقت الزواج ، وكان لها حق أخذه .

ثانيًا : الدين المتسبب عن عقد اتفاق ترتيب أموال الزوجين ، كالتعويض الناتج من خطأ الزوج في إدارة أموال الزوجة ، وثمن عقار مملوك لها لم يستعمله لمنفعتها ، والدين الذي تعاقدت عليه الزوجة لصالح الزوج ، ودين هبة ، أو عطية ، أو ميراث تملكته ، ودين أملاك الزوجة التى لم تدخل في المهر وتسلمه الزوج كعامل لزوجته فيه في نظام المهر،ودين نفقة الزوجة التي قضى بها عليه عند التفرقة الجسمانية ، ودين مصاريف التقاضي عند التفريق ، أو الطلاق ، أو فصل الأملاك القضائي .

الأملاك التي يشملها الرهن القانوني : يحمل الرهن على جميع أملاك الزوج العقارية وقت الزواج ومدة الزواج وبعد الزواج ومدة سير قضية التفريق ، أو الطلاق ، فإن تنازلت الزوجة عن الشركة في الأملاك فلها معارضته أياً كان بحق الرهن القانوني . وإن قبلت الزوجة شركة الأملاك فليس لها إلا معارضة الدائنين العرفيين فقط بحق الرهن القانوني .

ويجوز حصر الرهن القانوني للمرأة المتزوجة في بعض أملاك زوجها دون الكل ، وذلك بنص في عقد ترتيب أموال الزوجين حال الزواج أو باتفاق بعد الزواج .

وذلك بأن ينص في العقد على أن الرهن القانوني لا يشمل إلا كذا من عقاره ، والباقي للزوج الحرية التامة في التصرف فيه ، ويشترط في الطرفين المتعاقدين على هذا الرشد فقط ، وإن كان بعد الزواج فيكون تحت مراقبة القضاء بشروط ثلاثة :

1 - رضاء الزوجة التام .

2 - أخذ رأي أربعة أقارب للزوجة ، كهيئة مجلس عائلي بالموافقة .

3 - صدور حكم بناء على ذلك مع سماع رأي النائب العام بالموافقة .

ثانيًا : الرهن القانوني للقاصر والمحجور عليه :

للقاصر والمحجور عليه رهن قانوني على عقار وصيهما ضمانًا لما قد ينشأ لهما في ذمته من الالتزامات .

وحق الرهن القانوني يكون للقاصر الذي لم يبلغ سن الرشد ، ولم تفك عنه الوصاية ، فلا تتعلق بالقاصر الذي رفعت عنه الوصاية وله مشرف . ويكون هذا الرهن على أملاك الوصي أيًا كان شرعيًا ، أو مختارًا ، أو معينًا حتى على أملاك زوج الأم التي تزوجت وهي وصية . ولا يكون الرهن القانوني على الأملاك الآتية :

أولًا : على أملاك المشرف على الوصي ؛ لأنه لم يجعل لإدارة أملاك القاصر ، وإنما لملاحظة أعمال الوصي وتمثيله عند غيابه .

ثانيًا : على أملاك الأب ولو كان مديرًا قانونيًا لأملاك ولده ولو أن عمله كعمل الوصي إلا أن أملاك الأب عليها رهن قانوني للزوجة ، فلا يكون عليه رهن آخر لولده .

ويكون حق الرهن القانوني للممنوع من التصرف وهو المحجور عليه قضائيًا ، أو قانونًا على أملاك وصيه . ولا يكون حق الرهن إلى :

1 - المبذر أو ضعيف العقل والمعين له مجلس قضائي .

2 - المجنون الموضوع في مستشفى الأمراض العقلية ، ولم يمنع من التصرف قانونًا ، لكن يجوز للمحكمة اتخاذ قرار في هذا بوضع أملاك المدير المؤقت كلها أو بعضها تحت الرهن القانوني لهذه الإدارة ، فيسجل ذلك النائب العام في سجل الرهون .

ما يضمن الرهن القانوني من الدين : الرهن القانوني يضمن كل دين يمكن أن يكون في ذمة الوصي ، كنتيجة للوصاية وذلك :

أولًا : المبالغ التي استلمها الوصي لحساب القاصر وأصبح ملزمًا بردها له .

ثانيا : التضمينات التي يمكن أن تنشأ عن خطأ في إدارة أملاك القاصر أو المحجور عليه .

ثالثًا : الديون التي للقاصر أو المحجور عليه في ذمة الوصي ، وكان سببها بعيدًا عن الوصاية وحل دفعها مدة الوصاية .

والرهن يكون على أملاك الوصي العقارية الحاضرة والمستقبلة ، ويجوز حصره في بعض أملاك الوصي وقت تعيينه بمعرفة مجلس العائلة كما في رهن الزوجة ، ويجوز حصر الرهن القانوني بعد الوصاية ، ويكون بحكم يصدر من المحكمة بناءً على طلب الوصي مشفوعًا برأي مجلس العائلة بالموافقة ، ويكون عقار الوصي زائدًا عن ضمان ما يمكن أن يضمنه من أموال القاصر [1] .

بند [40] الرهن القانوني

التشريع الإسلامي : ليس في التشريع الإسلامي رهن قانوني للمرأة المتزوجة ؛ لأن الزواج مبني على انفصال مال الزوج ومال الزوجة انفصالًا كليًا [2] ؛ فلا يجوز للزوج أن يتصرف إطلاقًا في ملك زوجته إلا إذا وكلته عنها في التصرف صراحة أو ضمنًا [3] ؛ لأن الزواج جعل لجواز حل التمتع بالزوجة لتكوين عائلة قانونية يتحمل الزوج كل أعباء وجودها [4] ، ولا شأن للزوجة في ذلك ، كذلك ليس للمرأة أن تتصرف في مال زوجها إلا فيما سلطت عليه وكان من خصائص تصرفاتها في المنزل ولوازمه ، فلا داعي للرهن القانوني على أملاك الزوج لزوجته ،

---

(1) انظر : البنود من 2121 إلى 2122 في الفصل الأول ، من الباب الثالث ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 168 .

(2) لقوله تعالى : ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ ﴾ سورة النساء آية 32 .

(3) قاعدة : لا يجوز للزوج التصرف في ملك زوجته إلا إذا كان من خلال توكيل صراحة أو ضمنا .

(4) لقوله تعالى : ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾ سورة النساء آية 34 .

فلو تصرف الزوج في مال زوجته بلا إذن منها ، فهو ضامن لما أتلف أو فرط . وعقود الزوج في أملاك زوجته موقوفة على إجازتها له فهو فضولي في ذلك مالم توكله صراحة أو دلالة .

وقد يكون مفهومًا أن يكون الرهن القانوني على أملاك الزوج متى كان للزوج حق التصرف في أملاك زوجته . ولكنه ليس مفهومًا وجود الرهن القضائي مع احتفاظ كل واحد من الزوجين بأملاكه وبحق التصرف المطلق فيها .

الرهن القانوني للقاصر والمحجور عليه : يجوز للقاضي أن يشترط ضمانًا ماليًّا على الوصي (وهو غير الأب) يكون ضمانًا لخطئه في تصرفه في أموال القاصر ، وفي تفريطه في حفظه . ولكن المشرع الإسلامي لم يشترط رهن أملاك الوصي ، أو القيم على المحجور عليه ، أو القاصر . وأنا أرى شخصيًّا أن في هذا مصلحة للقاصر والمحجور عليه ، ولا يتعارض هذا مع قواعد العدالة وحفظ مال القاصر ، فيتعين تقريرها بأمر ولي الأمر .

ويستوي في حق الرهن القانوني القاصر والمحجور عليه لجنون ، أو لتبذير ، أو لضعف في العقل ؛ لأن الغرض من الرهن القانوني حفظ أموال عديم الأهلية لجواز أن يبددها من له حق التصرف فيها ، ثم عند الرجوع عليه يكون قد أفلس أو أضاع أملاكه للغير بأي سبب من أسباب الملكية الظاهرة من طرق التحايل ، فمصلحة عديم الأهلية في تقرير الضمان .

كل هذه قواعد وقوانين أمر بها المشرع في جملتها ، وهي من المصالح المرسلة التي يجب النظر فيها إلى المصلحة العامة ، وهي حفظ مال عديم الأهلية ، ومن حفظ مال عديم الأهلية أن لا يكون الوصي أو القيم مفلسًا أو مرتبكًا ماليًّا ، وقد تقدم ذلك في شروط الولي والوصي ويجب - والحالة هذه - أن يكون حق عديم الأهلية مقدمًا قبل كل دين .

بند [41] الرهن القضائي

القانون الفرنسي : الرهن القضائي هو ما نتج عن قرارات السلطة القضائية ، أو عن إشهادات مشابهة لها .

وفي الواقع هذا الرهن قانوني ؛ نظرًا لأن الرهن القضائي يرجع إلى مأخذه القانوني لا إلى نفس الحكم . ولكن يوجد حالتان يظهر فيهما الرهن القضائي الحقيقي وهما :

أولًا : في حالة أمر المحكمة باتخاذ رهن على كل أو بعض أملاك المدير المؤقت لأملاك المجنون الذي أدخل بمستشفى الأمراض العقلية ولم يمنع من التصرف .

ثانيًا – في حالة سلب الولاية الأبوية وتعيين وصي للقاصر : يجوز للمحكمة إصدار قرار برهن كل أو بعض أملاك هذا الوصي نظير مبلغ معين .

وهذا الرهن يكون على الأموال الحاضرة والمستقبلة للوصي . ويضمن الوصي في هذا الرهن الدين المحدد في الحكم أو المنصوص عليه في القرار .

ويشمل الأحكام والإشهادات الرهن في الأنواع الآتية :

حكم محكوم فيه بشيء ، فيوجد الرهن القضائي كل حكم يشتمل على أمر بإعطاء أي التزام أو عمل أي شيء لصالح الطرف المحكوم له ، ولا يوجد الرهن من حكم لا يتضمن أمرًا بذلك ، فالأول يدخل فيه الأحكام المؤقتة والأحكام النهائية والأحكام الحضورية والغيابية ، والقابلة للاستئناف والغير قابلة ، وأحكام التصديق على القسمة .

والحكم الذي يوجد الرهن القضائي عام من أي محكمة صدر : مدني ، جنائي ، مجلس إداري ، قاضي صلح ، تجاري إلخ . وحكم المحكمين من وقت تذييله بالصيغة التنفيذية بأمر من رئيس المحكمة ، والأوامر التنفيذية من جهة الإدارة المختصة لتحصيل أموال الحكومة وتحمل صيغة النفاذ .

والأحكام الصادرة من محاكم أجنبية لا توجد رهنًا قضائيًا ، إلا إذا أمرت المحاكم الفرنسية بنفاذها في فرنسا ، ووضعت عليها الصيغة التنفيذية .

ويحمل الرهن القضائي على أملاك المحكوم عليه الحاضرة والمستقبلة . ويسري الرهن القضائي على القاصر والمحجور عليه ما داما قد مُثِّلا قانونًا في النزاع . ويسري أيضًا على الشخص الحقيقي والمعنوي ، فترهن أملاكه نظير التزاماته الناتجة من الحكم سواء أكانت شركات أم جهات حكومية ، فيكون الرهن على عقاراتها الخاصة [1] .

بند [42] التشريع الإسلامي

متى صدر حكم قضائي وفيه وجوب تقديم رهن وجب نفاذه ، ويحدد في الحكم مدى هذا الرهن ونوعه ، وهذا متروك لنظر القاضي ولتقديره فيما يراه مناسبًا ولازمًا ، وهو شرعي لا نزاع فيه .

---

(1) انظر : البند 2123 في الفصل الثاني ، من الباب الثالث ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 169 .

بند [43]

الكتاب الرابع

أحكام الرهن والامتياز

علانية الرهن وحق الامتياز

القانون الفرنسي : القاعدة العامة أن الرهن والامتياز تجب لهما العلانية بواسطة تسجيلهما بسجلات الرهونات بالدائرة المدنية الواقع فيها العقار المرهون .

خصوصية الامتياز : يخرج عن قاعدة التسجيل المنقول عامًّا أو خاصًّا ، فلا يجب تسجيله في سجل الرهونات ، ويخرج أيضًا الامتيازات العامة ولو أنها مرتبة على العقار .

وعلانية امتياز البائع على المبيع في العقار تتحقق في تسجيل البيع فقط ، وليس بلازم عمل اختصاص بباقي الثمن ، وتسجيله بسجل الرهونات ، وإنما إذا وجد رئيس السجل المخصص للرهن أن الثمن بقي منه شيء للبائع ، وجب عليه تسجيل رهن بذلك في سجلات الرهن من نفسه بقوة القانون .

فإذا لم ينقل التكليف ، فليس للبائع معارضة الغير بامتيازه ، ولكن إذا نقل التكليف ولم يتخذ رئيس التسجيل تسجيل رهن بحق البائع فيكون للبائع حق امتياز باقي الثمن ، فيعارض الغير ، وللغير الرجوع بتعويض لما أصابه من ذلك على رئيس التسجيل .

امتياز القسمة : يجب تسجيل عقد القسمة ، أو حكم مرسى المزاد لأحد الشركاء في مدة ستين يومًا من تاريخهما . فإن تم ذلك في الميعاد كان الامتياز مقدمًا على الرهن السابق ، فإن لم يسجل في الميعاد انقلب الامتياز إلى رهن ، وأخذ مكانه حسب تاريخه فقط .

امتياز مهندس المباني : يجب تسجيل الامتياز مرتين : الأولى : عمل محضر بحالة المباني قبل البدء في العمل ، ثم عمل محضر بعد إتمام الإصلاحات التي عملت . ومتى تم تسجيل المحضر الأول فقد ثبت الامتياز فيقدم على الرهن ، فإن لم يسجل قبل البدء في العمل انتقل الامتياز إلى رهن يأخذ مكانه حسب التاريخ . وأما المحضر الثاني : فهو مكمل للأول فقط مبين لمدى الامتياز .

امتياز فصل أملاك المدين عن تركة مورثه :

هذا الامتياز يجب تسجيله في مدى ستة أشهر من تاريخ ابتداء تقسيم التركة . فإذا سجل في ميعاده القانوني محا كل رهن أخذ على أعيان التركة ، وإن سجل بعد الميعاد كان كرهن وحفظ مكانه من تاريخ تسجيله فقط ، وينتفع بهذا التسجيل كل دائني المورث فلا يختص به من سجله .

ويخرج من قاعدة العلانية بالتسجيل الرهن القانوني للقاصر ، والمحجور عليه ، والمرأة المتزوجة ؛ فإنه معارض لكل الناس بدون تسجيل بل بنص القانون ، ولا يجب على أصحاب هذا الرهن تسجيله ، ولكن يجب :

أولًا : على زوج المرأة ، ووصي القاصر ، والمحجور عليه .

ثانيًا : على المشرف على الوصي .

ثالثًا : على النائب العام .

أن يسجلوا الرهن القانوني كل فيما هو مطلوب منه ، وقد أباح القانون لأقارب الزوجين والقاصر والمحجور عليه اتخاذ تسجيل الرهن ، فإذا لم يسجل الزوج والوصي الرهن على أموالهم ضمنوا مدنيًا .

متى انحل الزواج لأي سبب ، أو بلغ القاصر ، أو رفع الحجر ؛ وجب تسجيل الرهن في مدة سنة من تاريخ الانحلال ، أو البلوغ ليسري الرهن القانوني ، فإن سجل الرهن بعد مضى المدة أصبح رهنًا عاديًا ويأخذ مكانه حسب تاريخه .

طريق تسجيل الرهن :

أخذ رهن على عقار المدين ممكن لأي شخص بدون أي شرط ، ولو كان قاصرًا ، أو امرأة متزوجة ؛ لأنها من الطرق التحفظية .

والرهن يكون في مكتب الرهون الموجود في دائرته المدنية ، فكل قسم إداري به سجل لتسجيل الرهونات ، ويجب على من يريد تسجيل رهن أو امتياز أن يقدم لرئيس قلم التسجيل الأوراق الآتية :

1 - المستند الذي يمنحه حق الامتياز أو يقضي بعمل الرهن المطلوب ، وفي الرهن القانوني يكفي نص القانون حيث لا مستند .

2 – كشف من صورتين به البيانات الضرورية المطلوبة كاسم ، ولقب ، ومحل إقامة الدائن ، وصناعته ، وكذلك بالنسبة للمدين إيضاح ما يشتمل عليه سند الرهن ، وبالنسبة للدين يبين قدره وما يتبعه وموعد حلوله ، وبالنسبة للعقار يذكر موقعه ، وحدوده ، وكل ما يمكن أن يزيده إيضاحًا .

فإن تركت بعض هذه البيانات فما كان إخفاؤه يلحق ضررًا بالغير يكون الرهن لاغيًا ومالا فلا ، ولمن لحقه الضرر إلغاء الرهن فقط .

مسئولية رئيس قلم الرهونات :

رئيس قلم التسجيلات مسئول عن الضرر الذى ينتج مما يأتي :

1 - إهمال نقل التكليف ، أو عدم التسجيل في سجلات الرهن المطلوب منهم ذلك في مكاتبهم .

2 – إهمال إيضاح الرهون التي على العقار المطلوب عنه شهادة بخلوه .

وجزاء ذلك مدني : وهو الحكم بالتعويض لمن لحقه الضرر . وجنائي بالحكم عليه بغرامة من 200 فرنك إلى ألف في أول مرة وفي الثانية رفته ، وتبقى الدعوى ضده مدة 30 سنة ما دام موظفًا ، وعشر سنوات عند ترك الوظيفة .

الموانع التي تحول دون أخذ الرهن : كل دائن له حق الرهن أو حق الامتياز يمكنه عمله في أي وقت شاء ، غير أنه يتحمل نتيجة تأخره عن تسجيله في مواعيده من أن امتيازه ينقلب إلى رهن أو رهنه يسبق برهن آخر الخ . ويستثنى من ذلك حصول واحد من ثلاثة أشياء ، فلا يجوز بعد ذلك عمل رهن ولا امتياز وهي حصول إفلاس أو تصفية بأمر قضائي ، أو حصول قبول الميراث بشرط عمل جرد وحصر لأملاك المتوفى المدين ، أو حصول بيع للعقار المثقل وتفصيل ذلك :

أولًا : الإفلاس أو التصفية القضائية من يوم صدور حكم الإفلاس يقف كل حق رهن أو امتياز على مال المفلس لمصلحة الدائنين ، ولو كان ذلك عمل يوم الحكم مباشرة فهو لاغ ، ولا قيمة له .

وما يتخذ من تسجيل رهونات ، أو حق امتياز في مدة انتظار حكم الإفلاس لعشرة أيام قبل التوقف عن الدفع إلى يوم النطق بحكم الإفلاس ، يكون قابلًا

للإلغاء بطلب السنديك [1] ما دام قد مضى بين تحقيق الرهن أو حق الامتياز وبين تسجيلهما أزيد من 15 يومًا .

ثانيًا : قبول الميراث تحت شرط حصر وجرد تركة المدين المتوفى ، متى قبل الورثة ميراث المتوفى المدين بشرط الجرد والحصر ، فلا يجوز اتخاذ رهن أو امتياز على التركة ، وكل رهن أو امتياز تسجل في المدة ما بين الوفاة ويوم تقسيم التركة فهو باطل .

ثالثًا : بيع العقار المثقل : متى باع المالك عقاره وكان رهنه غير مسجل ، ونقل التكليف باسم المشتري قبل تسجيل الرهن بطل الرهن مطلقًا ؛ لأن العقار وقت تسجيل الرهن لم يكن من أملاك البائع ، ولا يصح رهن ملك الغير إلا في حالتي بيع العقار وبقاء شيء من ثمنه وقسمة الشركاء ، فيجوز تسجيل الرهن وحق الامتياز بعد البيع والقسمة بـ 45 يومًا حتى ولو نقل التكليف باسم المشتري الجديد .

وفي حالة نزع ملكية العقار المثقل قبل تسجيل الرهن أو حق الامتياز ، يجوز تسجيلهما مدة 15 يومًا من تاريخ الحكم بنزع الملكية .

والذى يطبق عليه القواعد السابقة من أنه لا يقبل تسجيل رهن ، ولا حق امتياز بعد حصول أحد الأمور الثلاثة المتقدمة هو الرهن أو الامتياز الذي يصبح نافذًا ويعارض به حقوق الغير ، بخلاف الرهن التحفظي أو التكميلي ، فهو جائز في كل وقت حتى مع حصول حادث من الثلاثة المعدمة ، فلا يقف التسجيل للرهن القانوني للقاصر ، والمحجور عليه ، والمرأة ما دامت متزوجة ، فإن انفصم الزواج فلها سنة وبعدها يقف تسجيل الرهن لحصول أحد الأشياء الثلاثة .

ولا يقف تسجيل محضر المهندس المعماري الثاني ؛ لأنه مكمل للأول ، ولا يقف تجديد الرهن العشري بشرط أن يكون قبل نهاية العشر سنين ، وإلا كان رهنًا جديدًا فيقف ، ولا يقف حق الامتياز لفصل أملاك الوارث من أملاك المورث .

مدة مفعول الرهن المسجل :

القاعدة : أن الرهن أو حق الامتياز بعد تسجيله يمكث عشر سنوات ، ويجب

---

(1) السنديك : Le Syndic كلمة فرنسية بمعنى : وكيل الدائنين ، مأمور التفليسة ، عضو المجلس البلدي في باريس ، مندوب تجاري لجمعية أو شركة .

تجديده قبل نهاية المدة وإلا سقط .

والقاعدة : أن كل رهن أو حق امتياز يحتاج في ترتيب ثمرته عليه إلى تسجيل يجب لحفظه أن يجدد قبل نهاية العشر سنين .

والأشخاص المكلفون بتوقيع الرهن أو حق امتياز للقصر ، أو المحجور عليهم ، أو الزوجة مكلفون أيضًا بتجديده في المدة القانونية .

ويستثنى من قاعدة التجديد قبل نهاية العشر سنين :

أولا : حق امتياز الحكومة ، أو المسموح لهم بتجفيف المستنقحات الناتج عن تسجيل الدكريتوا [1] المصرح بذلك يبقى إلى ما لا نهاية بدون احتياج إلى تجديد .

ثانيًا : الرهن المأخوذ لصالح الشركات العقارية ضمانًا لقروضهم تبقى ما دام القرض بدون احتياج إلى تجديد عشري .

ثالثًا : الرهن المأخوذ لصالح بنوك التسليف الزراعية ضمانًا لقروضهم يبقى مادام القرض بدون احتياج إلى تجديد عشري .

ويجب أن يكون مبدأ العشر سنوات من تاريخ تسجيل الرهن أو حق الامتياز بالنسبة للتجديد الأول . وفي التجديد الثاني يكون مبدؤها من التجديد الأول ومدة العشر سنين محددة لا تمتد لأي سبب ولا يمنع التجديد أي سبب حتى من موانع توقيع الاختصاص الثلاثة السابقة .

فإن جدد الرهن أو حق الامتياز في موعده المحدد حفظ لصاحبه كل حقه الذي اكتسبه من رهنه الأول . فإن لم يجدد بالمرة اعتبر كأنه لم يأخذ رهنًا مطلقًا ، وبطل مفعول رهنه السابق فلا يعارض الدائنين الراهنين ولا الغير .

فإن جدده بعد فوات الوقت أخذ مكانه من تجديده فقط ، فلا يأخذ مكانه السابق ، ولا يكون التجديد بعد فوات الوقت صحيحًا إلا بشرطين :

(1) أن يكون مطابقًا للمادة 2148 .

(2) عدم حصول واحد من الأسباب الثلاثة المانعة من اتخاذ رهن أو حق امتياز .

---

(1) دكريتوا : Décret - Loi كلمة فرنسية بمعنى مرسوم اشتراعي أو مرسوم بقانون .
قاموس المنهل ص 359 للدكتور سهيل إدريس .

فإن لم يجدد البائع للعقار امتيازه بباقي الثمن في المدة القانونية فله التجديد بشرط عدم حصول سبب من الثلاثة ، ويكون امتيازًا حقيقيًا حافظًا حق البائع ضد أي شخص ، ولو كان الغير راهنًا .

ومتى أدى الرهن أو الامتياز ثمرته القانونية فلا يجب تجديده كأن دفع الدين المضمون بالرهن ، أو انتقل الدين إلى مبلغ من المال استوفى الراهن منه حقه من ثمن المرهون .

نتائج تسجيل الرهن وحق الامتياز :

ينتج من تسجيل الرهن شيئان :

1 - حفظ الرهن وجعله معارضًا للغير .

2 - إعطاء الرهن درجته في الامتياز .

وينتج من تسجيل حق الامتياز نتيجة واحدة ، وهي حفظ حق الامتياز وجعله معارضًا للغير ، وأما درجته في الامتياز فهي ناتجة من طبيعته لا من تسجيله ، فإذا لم يسجل الرهن أو حق الامتياز فقد حرم أصحابهما من نتائجهما القانونية ، ولا يعارضان الغير حتى الدائنين العرفيين .

والعين المرهونة كما تضمن دفع رأس المال تضمن كذلك دفع الفوائد المستحقة لغاية وقت تسجيل الرهن في نفس المرتبة ، وأما ما يستحق من الفوائد بعد ذلك فالعين المرهونة تضمن فوائد ثلاث سنين أيًا كانت ، وما زاد فللمرتهن عمل رهن آخر جديد به يأخذ مرتبته في تاريخ رهنه .

ولبائع العقار طريقان لحفظ حقه في باقي الثمن :

الأولى - حق الامتياز على العين المبيعة بمعنى أن له أن يبيعها . ثانيًا ويستوفي ما بقي من ثمنها قبل أي دائن آخر ، والثانية - استرجاع العين المبيعة إلى أملاكه وفسخ البيع كأنه لم يكن .

شطب الرهن :

وشطب الرهن عملية تتضمن التأشير بهامش تسجيل الرهن بسجل الرهونات ، أن هذا الرهن يعتبر كأن لم يكن . وسببه عادة تلاشي الالتزامات لأي سبب . وهو شطب اختياري متى صدر بإرادة الدائن واختياره . ويكون الشطب في إشهاد

رسمي أمام مسجل العقود ، ويشترط في الراهن أهلية التصرف .

وقد يكون الشطب قضائيًا بأمر المحكمة متى رفع المدين أو صاحب المنفعة الأمر للقضاء عند تمسك الدائن بعد شطب الرهن بعد استيفاء كل التزاماته التي من أجلها أخذ الرهن ، والمحكمة المختصة هي المدينة التي يقع في دائرتها العقار إلا في :

1 - في حالة اتفاق الطرفين على محكمة خاصة للفصل في النزاع .

2 - إذا كان الرهن أو الامتياز أخذ بأمر قضائي من محكمة أمرت به فهي المختصة .

ويجب على المحكمة الأمر بشطب الرهن :

1 - إذا كان السند الذي أخذ بموجبه الرهن غير قانوني ، أو أصبح باطلًا ، أو دفع ما به .

2 - إذا كان الامتياز أو الرهن محي أثرهما بالطريق القانوني .

وليكون الحكم بشطب الرهن نافذا يعمل بمضمونه رئيس قلم الرهون ، يجب أن يكون ذلك الحكم نهائيًا غير قابل للمعارضة ولا للاستئناف .

ونتيجة شطب الرهن اعتبار تسجيل الرهن كأن لم يكن ، بمعنى أنه لا يمس الدين ، فللدائن الحق في اتخاذ رهن آخر يأخذ مرتبته من تاريخ تسجيله .

حصر الرهن :

وهي عملية تتضمن تحديد نتائج الرهن سواء بالنسبة للعين المرهونة ، أو بالنسبة للمبلغ المضمون بالرهن ، وهذا الحصر لا يطبق على الرهن القانوني للقاصر والمحجور عليه والمرأة المتزوجة ، وإنما يطبق على الرهن الاتفاقي .

ويكون ذلك متى كان بعض الأعيان المرهونة تزيد عن قيمة الدين وتوابعه بمقدار الثلث [1] .

بند [44] علانية الرهن والامتياز

التشريع الإسلامي : واجب العلانية في الرهن شرع لصالح الشخص الثالث ،

(1) انظر : البنود من 2134 إلى 2165 في الفصل الثاني من الباب الثالث ، من الكتاب الثامن عشر من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 172 - 182 .

وقد يجوز لمصلحة طرفي عقد الرهن لعدم الاختلاف مستقبلًا ، وإن كان المتشرعون الإسلاميون وضعوا القواعد ، والأحكام لاختلاف الراهن والمرتهن .

وعلانية الرهن تتحقق بالإشهاد على نفس عقد الرهن ، ومتى تم التعاقد صحيحًا فلا يتم الرهن إلا بالحوز من المرتهن للرهن [1] ، وحينئذ ليس التسجيل من تمام العلانية . غير أن الزمن قد تحول ، وأصبح التسجيل للرهن أدق ، خصوصًا بعد أن أمر ولي الأمر بوجوب تسجيل الرهن العقاري ، فيجب حينئذ تسجيله .

أما الامتياز أيًّا كان فأحكامه ثابتة من طبيعة دين الامتياز ، فلا يلزم تسجيله . فقط يلزم تحقق أن للدين صاحب الامتياز المنصوص عليه أحقية تقديمه .

وبما أن تمام الرهن في التشريع الإسلامي يتوقف على الحوز في العقار والمنقول [2] ، فإذا عقد الرهن ولم يتم بالقبض بطل الرهن ، وحاصص صاحب الدين مع الغرماء بلا اختصاص بشيء . ومتى تم البيع وبقي من الثمن شيء فلا يمتاز البائع عن بقية الغرماء إلا في حالة الإفلاس ، أو حالة الشرط بينهما بذلك كما سبق توضيحه في الإفلاس والامتياز فارجع إليه . وامتياز القسمة ثابت من غير تسجيل متى وجدت القسمة . وامتياز مهندس المباني وعامل البناء لا يجب تسجيله ، ولكن يجب إثباته فقط . وامتياز فصل أملاك الوارث عن تركة مورثه لا يحتاج إلى تسجيل ، فيكفي في إثبات التركة وقيمتها البينة ، ويكون على الوارث من ديون التركة قيمة ما أصابه منها . وقد سبق تفصيل ذلك كله [3] .

وقد سبق أن الرهن القانوني للقاصر ، والمحجور عليه ، والمرأة المتزوجة ليس موجودًا في

---

(1) قاعدة : علانية الرهن تتحقق بالإشهاد على نفس عقد الرهن . ولا يتم الرهن إلا بالحوز من المرتهن للرهن . وقد سبقت الإشارة إلى اختلاف العلماء في اشتراط قبض المرهون للزوم الرهن وتمامه ؛ فذهب الأحناف والشافعية والحنابلة إلى اشتراط القبض للزوم الرهن ، طبقا لما فهموه من قوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾ حيث وصفت الرهان بأنها مقبوضة ، وإذا لم يشترط القبض لم يبق للوصف فائدة . أما المالكية فذهبوا إلى لزوم الرهن بدون قبض ، ويطالب به المرتهن .

(2) ولا يتم الرهن إلا بالقبض . الشرح الصغير (124/3) .

(3) يقول ابن عبد البر : « ولا يصح الرهن إلا مقبوضا محوزًا ، ومن شرط الرهن اتصال حيازته ، وقبضه . ومن ارتهن رهنا ثم رده إلى ربه بعارية أو غيرها وخلى بينه وبين لبسه ، أو أن يركبه ، أو يسكنه بطل الرهن .. ويحتاج عند الموت والفلس مع إقرار الراهن والمرتهن جميعا إلى شهود يشهدون بالقبض » . الكافي لابن عبد البر ص 410 ، 411 ، وراجع الشرح الصغير جـ 3 ص 122 وما بعدها .

التشريع الإسلامي ؛ لأن ضمان مال القاصر والمحجور عليه في مال الولي ، أو الوصي ، أو القيم يحاصص مع الغرماء . والمرأة المتزوجة لا رهن لها لانفصال الزوجين في المال انفصالًا تامًّا بلا سلطان للزوج على زوجته في مالها فهو أجنبي منها في ذلك . وقد سبق أننا استحسنا الرهن القانوني على أملاك الوصي والقيم لصالح عديم الأهلية . وحينئذ لو صدر تشريع بذلك ففيه إصلاح وحفظ لمال عديمي الأهلية يتطلبه الشرع الإسلامي . وقد جاء في سورة النساء : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾ [1] وإن الوازع الديني أشد من وازع القانون فهو يتسيطر على القلوب في خفايا الجوانح ، والقانون الظاهر يتحكم فيما يظهر ، ولذا تتحايل الناس على انتهاك حرمته وسيأتي الوقت للعمل بهذا المبدأ القويم لإصلاح المعاش .

أما طرق التسجيل ، وما يجب تقديمه من المستندات لقلم الرهون فهذه طرق إدارية لتنفيذ قانون التسجيل ، وليست أحكامًا تطبق على حوادث يتطلب الخصوم الفصل في منازعاتهم في الموانع التي تمنع أخذ الرهن .

ويحق للدائن طلب رهن أو كفيل توثقًا من مدينه للوفاء بالتزاماته ، ولا ينقلب الامتياز إلى رهن ؛ لأن الفرق بين الرهن والامتياز أن الرهن لا يتم إلا باستيلاء المرتهن على الرهن ، فطبيعة وجود الرهن تقضي بالاستيلاء على العين المرهونة . أما الامتياز فيرجع إلى طبيعة الدين فهو كرهن ضمني مفهوم من وضع صاحب الامتياز مكانه .

وإلى أن يحصل مانع من الموانع الآتية ، يصح الرهن ، ومتى حصل مانع فلا يصح الرهن وذلك :

أولًا : الإفلاس [2] فمتى أفلس بطل تصرفه المالي ، ولو كان معاوضة بلا محاباة ، كما قال ابن عبد السلام [3] : « أو وقف على نظر الحاكم إمضاء وردًّا ،

---

(1) سورة النساء آية : 10 .

(2) يبطل الرهن بحصول مانع كموات الراهن ، أو فلسه ، الشرح الصغير (125/3) .

(3) ابن عبد السلام هو أبو منصور عبد الله بن محمد بن أبي الحسن علي بن هبة الله بن عبد السلام البغدادي ولد في ربيع الآخر ، أو جمادى الأولى سنة ست وخمسمائة .

سمع من أبي القاسم بن بيان ومن أبي علي بن نبهان ، وحدث عنه الشيخ موفق الدين المقدسي ويوسف بن خليل ، وقال عنه الحافظ ابن النجار : كان شيخًا نبيلًا وقورًا من ذوى الهيئات وأولاد الرؤساء والمحدثين ، وتوفي في التاسع من ربيع الأول سنة تسع وثمانين وخمسمائة . سير أعلام النبلاء 408/15 ، 409 .

أو على نظر الغرماء خلاف » والظاهر الأخير ؛ لأن صاحب الحق في الوفاء من مال المدين هو الغريم ، فلو أن مدينه رهن عينًا نظير دين فصاحب الحق في طلب بطلان الرهن هو الدائن .

وكذلك الحكم إذا أمر القاضي ببيع مال المدين وتصفية تركته . غير أن الحكم ببيع مال المدين إنما يأتي بعد الحكم بالإفلاس لمن أحاط الدين بماله بشروطه المعلومة في الإفلاس .

وأما قبول الميراث بشرط حصر أو جرد فليس في التشريع الإسلامي ؛ لأن القاعدة الأساسية العامة أن سداد دين التركة يكون بقدر الميراث فقط ، إلا أن يتبرع الوارث بسداد الدين من ملكه الخاص فذلك له .

ثانيًا : بيع الرهن قبل قبضه ، فمتى بيع بطل الرهن [1] . ولو باع الراهن الرهن قبل قبضه مضى بيعه ، وإن كان لا يجوز إن فرط المرتهن في طلبه . وإن لم يفرط فهل يمضي بيعه ويكون الثمن رهنًا في الدين أو لا يمضى ؛ بل يرد ويكون رهنًا في الدين ؟ قولان . ولابن رشد [2] : أنه ليس للمرتهن رد بيع الرهن ، وإنما له فسخ بيع سلعته ؛ لأنه باعها على شرط الرهن لشيء بعينه ، فلو باع رهنه كان أحق بسلعته إن كانت قائمة ، أو قيمتها إن كانت هالكة [3] .

وليس هناك رهن تحفظي إلا في المبيع نظير ثمنه أو باقي ثمنه ، فيصح ولو أحاط الدين بمال المشتري أو حكم بإفلاسه . وأما الرهن التكميلي فلا يجوز من شخص أفلس ، أو منع من التصرف ؛ لأن هذا يضعف قدرة الأداء لبقية الدائنين وهو لا يجوز .

وليس هناك رهن قانوني للقاصر والمحجور عليه ، والمرأة المتزوجة كما سبق .

ولا يشترط تجديد الرهن العَشْري ، يعنى بعد عشر سنين بل متى حفظ الرهن عند المرتهن أو عند أمين ، فيبقى حق أن يوفي الدين أو يباع للوفاء منه ، فلا يسقط

---

(1) قاعدة : إذا بيع الرهن قبل قبضه بطل الرهن .

(2) ابن رشد هو : محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد قاضي الجماعة بقرطبة ، من أعيان المالكية ، وهو جد الفيلسوف ابن رشد ، توفي سنة 450 هـ بقرطبة من تصنيفه : البيان والتحصيل ، المقدمات والممهدات . انظر : الأعلام 216/5 .

(3) يقول ابن عبد البر : « من اشترط في بيعه رهنا مطلقا بغير عينه ، فامتنع المشتري من دفعه إليه ، فالبائع بالخيار في إمضاء البيع بغير رهن وفي فسخه .. » الكافي ص 411 .

الرهن طال أو قصر الزمن ، ولا يجب تسجيله ولا تجديده [1] .

نتائج تسجيل الرهن وحق الامتياز :

لا يشترط المشرع الإسلامي تسجيل الرهن ، بل أوجب وضع الرهن تحت يد المرتهن أو تحت يد أمين ، وذلك بمنزلة تسجيل الرهن ، فلو ترك الرهن للراهن ، وجالت يده فيه بطل الرهن .

وتضمن العين المرهونة رأس المال ، وهو الدين المأخوذ فيه الراهن دون الفوائد ؛ لأن الفائدة محرمة في التشريع الإسلامي ، وتضمن ما أنفق على العين المرهونة لحفظها متى كان مشترطًا ذلك ، وأما ما كان لبقائها فإن الرهن ضامن لذلك أيضًا .

ولبائع العقار اشتراط رهنه نظير ثمنه بشرط أن تبقى العين تحت يد المرتهن . فإن أتى بالثمن فبها ، وإلا فللبائع الحق في بيعها وقضاء دينه منها أو فسخ بيعه ، كما قال ابن رشد .

شطب الرهن :

شطب الرهن يكون بتنازل المرتهن عن الرهن وتسليمه للراهن إما لسداد الدين ، وإما لتنازل المرتهن عن الرهن من تلقاء نفسه . والذي يملك التنازل عن الرهن هو من يملك حق التصرف شرعًا . وليس التنازل عن الرهن دليلًا على قضاء الدين ، فيجوز للمرتهن طلب رهن آخر يطمئن إليه غير هذا الرهن .

حصر الرهن :

يجوز للراهن طلب حصر الرهن من المرتهن في شيء معين يفي بقيمة الدين ، فإن لم يقبل ترافعا للحاكم ، فإن رأى أن الرهن يفيض عن الدين بشيء له قيمته أمر المرتهن بحصر دينه ، وتسليم الراهن الباقي إن كان يمكن فصله ، وإلا جاز للراهن التصرف في الجزء الزائد بما لا يضر بالرهن .

---

(1) يقول ابن رشد : « أما حق المرتهن في الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدي ما عليه ، فإن لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه للسلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه إن لم يجبه الراهن إلى البيع ... » بداية المجتهد جـ 2 ص 275 ، 276 . وقد تقدمت الإشارة إلى أن التسجيل لا يشترط في الرهن في العقار لعدم قيام نظام الشهر العقاري قبل العصر الحديث .

(نتيجة المقارنات من بند 33 إلى نهاية بند 44)

يتفق التشريعان في الآتي :

حق الامتياز لبائع العقار (في الجملة) ، امتياز المقاسم (الشريك) ، امتياز المهندسين والمقاولين ، الرهن العقاري ، الأملاك القابلة للرهن ، الرهن العقاري الاتفاقي ، الرهن القضائي ، الموانع التي تحول دون أخذ الرهن ، أخذ الرهن ، شطب الرهن .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

امتياز فصل أملاك الوارث عن أملاك مورثه ، الرهن القانوني ، الرهن القانوني للمرأة المتزوجة ، الرهن القانوني للقاصر والمحجور عليه ، تسجيل الرهن وحق الامتياز ، مدة مفعول الرهن المسجل .

بند [45] نتائج حق الامتياز والرهن بالنسبة للمدين

القانون الفرنسي : في الظاهر الرهن وحق الامتياز لم يغيرا شيئًا من حقوق المالك الراهن ؛ لأن له حق الانتفاع بالعين المرهونة ، وله حق التصرف فيها بثمن وبغير ثمن ، ولكن في الحقيقة الرهن وحق الامتياز قد أصابا المالك في ملكيته وحدًّا من تصرفاته ، وأصبح متعينًا عليه مراعاة الحق المتعلق بالعين المرهونة قبل أي تصرف فيها سواء في حق التصرف ، أو في حق التمتع . وينتج عن حق الامتياز والرهن ما يأتي :

أولًا : تحديد حق التمتع : يظهر تحديد حق التمتع في جني الثمرات ، وفي التنازل عن الإيجار والمزارعة ، وفي التعاقد للإيجار ، وفي قطع الأخشاب .

1 – **حق جني الثمرات** : يكون عادة لمالك العين المرهونة جني ثمارها ، والانتفاع بها والتصرف فيها كما يشاء ما دامت الثمرات لم تلحق بالعقار بعد حجز عقاري ، ومتى حجز عقاريًّا التحقت الثمار بالعقار ، ووجب عدم التصرف فيها إلامع التصرف في العقار نفسه .

2 – **تنازل عن الإيجار والمزارعة** : إذا كان الإيجار والمزارعة لأقل من ثلاث سنين فهي تعارض الدائن المرتهن حتى ولو كان ذلك بعد تسجيل الرهن ، فعلى هذا الأساس حق المالك لم يمس بشيء ، لكن التنازل عن الإيجار والمزارعة لا يكون معارضًا للدائنين إلا إذا قبله ، أو أعلن به نفس المدين قبل وقت إلحاق الثمرات بالعقار .

فإن كان الإيجار والمزارعة لمدة ثلاث سنين فأكثر ، فلا تعارض الدائن المرتهن ، ولا صاحب الامتياز إلا إذا كانت مسجلة قبل تسجيل الرهن أو الامتياز طول المدة .

فإذا قبل ذلك المدين في عقد رسمي ، أو بلغت إليه رسميًّا قبلت معارضتهما في أقل من ثلاث سنين .

وهذا التفصيل يسري في المخالصة المعطاة من المدين إلى المستأجر أو المزارع .

3 – **تجديد عقود الإيجار من المدين** : عقود الإيجار المعطاة من المدين تعارض الدائن المرتهن إذا كانت لا تزيد عن 18 عامًا بشرط أن تكون ثابتة التاريخ قبل إعلان الحجز العقاري وإلا كانت قابلة للإلغاء .

فإن كان لأزيد من 18 عامًا فلا يعارض الدائن المرتهن إلا إذا كان مسجلًا قبل

إعلان الحجز وقبل تسجيل الرهن ، وإلا فلا يعارض الدائن المرتهن إلا في 18 عامًا إذا كان ثابت التاريخ قبل الإعلان .

4 – **تقليم الأشجار** : يجوز للمدين تقليم الأشجار حسب العادة سنويًّا ، وإن تعدى بما يلحق ضررًا بالدائن ، فلهذا منعه بكل الطرق القانونية .

ثانيًا : تحديد حق التصرف : للمدين التصرف في عقاره المرهون بالتمليك للغير بمقابل وبلا مقابل ؛ لأن هذا لا يضر بحق الدائن المرتهن؛ لأن له حق متابعة العقار بحقه أيًّا كان ، وذلك ما لم يحجز على العقار ويسجل الحجز ، وإلا كان كل تصرف في العقار بعد ذلك باطلًا أصالة بدون احتياج إلى حكم الإلغاء ، ولكن هذا نتيجة لطرق التقاضي لا للرهن .

وليس للمدين ترتيب حق انتفاع للغير على عقاره المرهون بعد الرهن . فإذا فعل وبيع العقار المرهون بيع على أنه خالٍ من كل حق عيني عليه غير الرهن . وليس له هدم الرهن العقار ، ولا فصل المنقول الذي جعل تابعًا للعقار وقسمًا منه .

نتائج حق الامتياز والرهن بالنسبة إلى الدائنين الآخرين أو حق الأفضلية :

حق الأفضلية صفة تعطى لأحد الدائنين المرتهنين أو من لهم حق الامتياز ، ليكون مقدمًا على الدائنين الآخرين في الدفع إليهم من ثمن البيع :

أولًا : مرتبة أفضلية الدائنين المرتهنين ، أو من لهم حق الامتياز ، أو المرتهنين حسب القاعدة العامة ، ويمكن وجود التنازع بين :

1 – دائنون ممتازون على عقار : فإن كان حق الامتياز لهم على العقار عامًّا ، أو كان لأحدهما عامًّا ، وللآخر خاصًّا فقد تقدم حكمهما .

وإن كان للدائنين حق الامتياز الخاص على العقار ، ففي البائعين للعقار الممتازين بباقي ثمن العين يوفي الأول ، ثم الثاني ، ثم الثالث وهكذا . وفي بائع ، ومقتسم قدم البائع على المقتسم . وفي بائع ، ومقتسم ، ومهندس معماري ، قدم المهندس المعماري فيما زاد على العقار من قيمته بعد التعمير .

2 – دائنون ممتازون ، ودائنون مرتهنون ، فبين مرتهن وممتاز امتيازًا عامًّا قدم صاحب الامتياز العام . ومع ذلك فإن كان الرهن لمالك العقار الأول فهو مقدم

على صاحب الامتياز العام ، وبين الدائن والمرتهن والممتاز خاصًّا ، قدم الممتاز امتيازًا خاصًّا بشرط أن يكون مسجلًا مع مراعاة الشكل والمدة القانونية ، وإن الامتياز يقدم عليه الرهن متى كان من المالك للعقار ، أو من نفس المرتهن .

3 – دائنون مرتهنون : القاعدة الأساسية أن يقدم الأسبق تاريخًا لتسجيل الرهن بسجل الرهونات ، ثم من بعده ، وهكذا . فإن اتحد التاريخ اقتسما بدون أفضلية حسب قدر الدين . ولا عبرة بالساعة . فإن كان الرهن لحساب جار في البنك ، وتسجل فيأخذ مرتبته من يوم تسجيله لا من يوم استلام القرض ، فإذا كان الرهن القانوني على أملاك مدين مستقبلة اعتبر الرهن المسجل أولًا في الأفضلية .

قواعد خاصة للرهن القانوني : الرهن يكون مرتبًا حسب تواريخ تسجيله متى كان غير قانوني ، فإن كان قانونيًّا كالرهن من وصي القاصر ، أو ولي المحجور عليه ، أو زوج المرأة المتزوجة ، فله قواعد خاصة تكون الأفضلية فيها حسب نص القانون :

أولًا : رهن قانوني لقاصر والمحجور عليه : إن رهن القاصر والمحجور عليه يأخذ تاريخًا واحدًا معينًا ، وهو يوم ابتداء مسئولية الوصي أو القيم ، حتى إذا كان الدين لم يوجد بعد ، وتجدد يوم الرهن يختلف باختلاف التعيين والحضور والغيبة .

ثانيًا : رهن المرأة المتزوجة : للمرأة ثلاثة أقسام من الذين لهم رهن قانوني محدود :

1 – مهر واتفاقات خاصة بالزوجية ، والمراد بالمهر كل ما حملته المرأة إلى زوجها وكان له قيمة ، وأباح القانون لها استرداده عند انحلال الزوجية ، ووقت الرهن من وقت عقد الزواج .

والمراد باتفاقات الزوجية الامتيازات المختلفة الممنوحة للزوجة بنص القانون ، أو بالاتفاق الحر ، والتي تجعل للزوجة التزامًا ضد زوجها منذ إعلان الزواج ، كحق أفضليتها بعد الزواج .

ورتبة الرهن ترجع إلى يوم عقد الزواج .

2 – ديون لأجل هبة وميراث : مادة هذه الديون الهبة التي أعطيت للزوجة والميراث الذي عاد إليها ، فللزوج إدارة هذه الأملاك والتمتع بها فما كان يستهلكه بالاستعمال ، وما تلف بخطأ من الزوج يكون محلًّا لضمانه عند وجوب إرجاعها للزوجة .

وترتيب رهن المرأة لهذه الأملاك يرجع في الميراث ليوم فتح التركة ، وتوريثها وفي الهبة ليوم حصول العقد بها إذا كان بدون شرط أو يوم حصول الشرط .

3 - مديونية لأجل دين متعاقد عليه أو ثمن تمليك شيء خاص ، ومادة هذه المديونية أن تتعاقد الزوجة على دين لمصلحة زوجها ، أو لهما معًا ، أو يبيع الزوج شيئًا من أملاكها الخاصة . ومرتبة هذا الدين ترجع إلى يوم الالتزام لا يوم البيع بشرط أن يكون ثابت التاريخ .

وتوجد حالات أخرى كثيرة لم يحدد القانون متى يبتدى الرهن القانوني على أملاك الزوج لصالح زوجته ، كالتعويض عند بيع عين من المهر ، أو عند خطأ فاحش في إدارة أملاكها إلخ .

يقول المتشرعون : « من يوم الزواج تكون مرتبة الرهن القانوني في هذه الأشياء ، وهو الأصح » . وقال علماء القانون : « من يوم ولادة الدين في ذمة الزوج ووجوبه ، أو من يوم إدارته للأملاك أو من مسئوليته » .

بند [46] نتائج حق الامتياز والرهن بالنسبة للمدين

التشريع الإسلامي : في الظاهر الرهن والامتياز قد غيرا حقوق الملكية؛ لأن المالك للعين التي لم ترهن يباشر حقوقه على هذه العين بكامل أنواع التصرفات من بيع ورهن وغيرها ، ولكن المالك للعين المرهونة قد نزعت من تحت يده وسلمت للأمين ، أو للمرتهن تحت حيازته وللحائز أن يتصرف فيها استغلالا للمالك تحت إشرافه .

وليس للراهن التصرف في الرهن مدة رهنه فإن باعه قبل قبضه مضى [1] ، وإن كان لا يجوز إن فرط المرتهن في طلبه . وإن لم يفرط فهل يمضي ويكون الثمن رهنًا أولا يمضي ، وللمرتهن رده ؟ خلاف .

وإن كان التصرف في الرهن من الراهن بعد قبضه ، فإن كان بمثل الدين فأكثر صح ، والدين عين أو عرض من قرض وإلا فله الرد ، وإن أجاز المرتهن بيع الرهن تعجل دينه من ثمنه مطلقًا .

---

(1) طبقا لرأي جمهور الفقهاء الذين يشترطون القبض للزوم الرهن ، خلافا للمالكية الذين ذهبوا إلى لزوم الرهن بمجرد العقد ، حتى يجبر الراهن على تسليم المرهون للمرتهن . وقد تقدمت الإشارة إلى هذا الخلاف وأساسه .

حق جني الثمرات : ثمار الرهن إما أن تكون مشروطة أم لا ، فإن كانت مشروطة للراهن وهو المدين مثلًا كان له حق أخذها ، وإن كانت مشروطة للمرتهن أي تدخل في الرهن فتكون رهنًا يعمل به أيضًا . وإن لم تكن مشروطة فلا يخلو حالها ، إما أن تكون تامة وقت الرهن كصوف على ظهر غنم ، فإنها تدخل ضمن الرهن ، فإن لم يتم فللراهن أخذه بعد تمامه .

واندرج في الرهن جنين وقت الرهن وبعده وفرخ نخل ، ولا يندرج بيض ولا غلة كأجرة دار أو حيوان ، ولا ثمرة على رءوس الشجر ولو طابت وقت الرهن ، فيجوز للراهن أخذ الثمار والغلة للعين المرهونة حتى يقرر القاضي ، أو من يملك حق البيع بيعها لوفاء الدين من ثمنها ، ومتى تقرر البيع فلا حق للراهن في شيء من ذلك [1] .

الإيجار والمزارعة : رهن العين المؤجرة والمزروعة مزارعة جائز أيًا كان نوع العقد،لأن المرتهن لا يملك شيئًا غير حفظ العين المرهونة لوفاء دينه . ويشترط في رهن العين المؤجرة أو المزارعة ألا تكون مدة عقد الإيجار أو المزارعة تزيد على مدة الرهن ؛ لأن هذا يضر بالمرتهن ، وبحق الرهن في العين المرهونة .

والذي يتولى الإيجار وتجديد عقود الإيجار هو المرتهن بإطلاع الراهن ، ويتولى تحصيل الأجر ويسلمه له ، وليس للمالك أن يتولى ذلك ، فإن تولاه بإذن المرتهن بطل الرهن ، وإن تولاه بغير إذنه فله المعارضة فيه ورده مطلقًا طال أو قصر .

تقليم الأشجار : الذي يتولى تقليم الأشجار وخدمتها المرتهن على حساب الراهن ولحسابه ، وليس للراهن حق التصرف بمقابل وبلا مقابل في الرهن إلا بإذنه ، فإن أذن المرتهن تعجل دينه من ثمنه مطلقًا .

نتائج حق الامتياز والرهن بالنسبة إلى الدائنين الآخرين ، أو حق الأفضلية :

لمعرفة من يقدم من الدائنين الممتازين على عقار ، والدائنين الممتازين مع المرتهنين ، والدائنين المرتهنين . يراجع ما سبق ففيه الكفاية .

الرهن القانوني : سبق أن أبنًا أن الرهن القانوني غير موجود في التشريع الإسلامي

(1) يقول ابن رشد : « اختلف الفقهاء في نماء الرهن المنفصل مثل الثمر في الشجر المرهون ومثل الغلة ومثل الولد هل يدخل في الرهن أم لا ؟ فذهب قوم إلى أن نماء الرهن المنفصل لا يدخل شيء منه في الرهن » . وذهب آخرون إلى أن جميع ذلك يدخل في الرهن . بداية المجتهد جـ 2 ص 276 . الشرح الصغير جـ 3 ص 128 ، 129 .

وحبذنا وجوده ؛ لأنه من المصالح العامة ، ولا يتعارض مع التشريع ، ويكون خاصًا بالوصي والولي على عديم الأهلية ، وأما الزوجة فهي صاحبة التصرف المطلق في أملاكها بدون مسئولية الزوج عن شيء .

بند [47] نتائج الامتياز والرهن

بالنسبة للغير أوحق متابعة العقار

حالة الغير واضع اليد على العقار المرهون :

القانون الفرنسي : إن مشتري العقار المرهون لا يتحمل دين مالك العقار البائع ، وإنما يبقى مسئولًا في دينه . غير أن الرهن من الحقوق العينية التي تلازم العقار أيًا كان ، فيتحمل مشتري العقار الحقوق العينية المترتبة من المالك قبل البيع ، كحق الارتفاق والرهن وحق المرور إلخ . وللمرتهن الحق في تحقيق ثمرة الرهن على العقار المرهون بين يدي أي شخص ، وهذه هي الصفة التي تسمى حق متابعة العقار .

وشرط استعمال حق متابعة العقار في الرهن ، وحق الامتياز مشروط بأن يكون الرهن وحق الامتياز عُمِلا علنًا طبقًا للقانون ، وتسجلا قبل نقل تكليف الملكية للمشتري .

طرق تجنب الحجز : للغير واضع اليد تجنب الحجز باستعمال الطرق الآتية :

أولًا : للغير واضع اليد معارضة الراهن الذي يريد حجز العقار وبيعه بالضمان ، وذلك بفرض أن المرتهن أصبح ضامنًا للبيع ، وما دام المرتهن ضامنًا فلا يمكنه أن يحدث للغير واضع اليد اضطرابًا لا في وضع اليد ، ولا في التمتع . وهذه الطريقة قليلة الحصول ، وقد تأتي فيما إذا ورث المرتهن البائع أو بالعكس .

ثانيًا : مزية تقديم أملاك المدين المرهونة أولًا ، وذلك أن واضع اليد على العقار المرهون يعارض المرتهن في وجوب مقاضاة الراهن فيما تحت يده من عقار مرهون أيضًا أولا وهذا يفرض :

(1) أن الدائن له رهن عام .

(2) أن الغير واضع اليد ليس ضامنًا شخصيًا في الدين المضمون بالرهن .

(3) وجود عقار آخر مرهون لنفس هذا الدين تحت يد الراهن ، أو الراهنين الأصليين .

ولا يعارض بهذه المزية إلا الدائن الذي له رهن عام ، فيدخل الرهن القانوني والقضائي ، ولا يمكن أن يعارض به إلا الغير واضع اليد الذي ليس ضامنًا في الدين شخصيًا ، ويجب أن يكون تحت يد المدين الأصلي عقار آخر مرهون في هذا الدين .

ويلزم إثارة هذه المعارضة في أول نظر القضية ، وبيان باقي العقارات المرهونة وحدودها ، ودفع ما تكلفه من مصاريف الدعوى .

ثالثًا : الدفع . للغير واضع اليد أن يتجنب نزع ملكية عقاره المرهون ، بدفع مال الرهن ، وفوائده ، ومصاريف تسجيل الرهن ، فإن تساوى الدين وتوابعه والثمن برئت ذمة المشتري من ثمن البيع إليه ، وإن زاد الثمن عن الدين ، وجب على المشتري دفع ما زاد من الثمن للبائع ، وإن نقص الثمن عن الدين فدفعه المشتري جميعه رجع على البائع بما زاد ، وإن دفع الثمن فقط وبقي من الدين شيء للمرتهن وضع العقار في المزاد العلني لاستيفاء باقي مطلوبه .

رابعًا : الترك ، وهو ترك الدائن المرتهن يسير في حجز العقار واستيفاء حقه من الثمن تحت إشراف وكيل تعينه المحكمة لذلك ، وهذا أفيد للغير واضع اليد من وجوه :

1 - تجنب ظهور اسمه كمدين أو محجوز عليه عقاريًا فيؤثر على سمعته .

2 - يمنع عنه كل مسئولية في إدارة العقار المحجوز عليه .

3 - تسمح له بالدخول في المشتري بالمزاد العلني ، فتحفظ له ملكية العقار .

ويبقى العقار على ملكية الغير التارك المذكور حتى تتم المزايدة ، ويرسي العطاء على المشتري له . ويشترط في صحة الترك :

1 - كون التارك أهلا للتمليك .

2 - أن لا يكون ضامنًا شخصيًا في الدين المضمون .

والترك يصح إلى حكم مرسى المزاد ، ويكون بإشهاد في قلم كتاب المحكمة التي أمامها النزاع .

خامسًا : تطهير العقار : وهي طرق نظمها القانون لصالح متملك العقار لتنظيفه من الرهن ، وحق الامتياز . وهو قسمان : مطهر عادي ، ومطهر خاص .

التطهير العادي : وهي طريقة لوضع مشتري العقار المرهون دائني البائع المرتهنين ،

أو أصحاب حق الامتياز بين أمرين ، إما قبول ثمن المشتري وإما وضع العقار المرهون في المزاد مع التعهد بقبول زيادة في الثمن $\frac{1}{10}$ من الثمن على أن يكون قبول أحد الأمرين مطهرًا للعقار المرهون من جميع الحقوق العينية .

وهذا ملزم للدائنين الذين استحق دينهم ، والذين لم يستحق دينهم على حد سواء ، وبه يتلاشى الالتزام الذي نتج عنه الدين المضمون .

ويجب فيمن يطلب تطهير العقار أن لا يكون ملزمًا شخصيًا بالدين ولا ضامنًا في الرهن .

وقد يكون البيع نفسه مطهرًا للعقار من الرهن بدون التجاء إلى عملية تطهير العقار ، وذلك فيما إذا أعطى للعقار ثمنه الحقيقي ، بحيث لو وضع في مزاد علني لما زاد عن الثمن المذكور ، وذلك البيع في المواضيع الآتية :

1 - المزايدة بعد وضع العقار في المزاد العلني سواء في مواجهة واضع اليد ، أو من تعينه المحكمة بدله عند ترك العقار ، فمتى تم البيع على هذه الصفة تطهر العقار من أي حق للغير .

2 - المزايدة بعد الحجز بشرط إنذار الدائن المسجل لدينه وبرضاه .

3 - المزايدة العامة على $\frac{1}{6}$ بعد المزايدة في أملاك القاصر .

4 - المزايدة العامة على $\frac{1}{10}$ بعد وضع العقار في المزاد للمفلس بناء على طلب السنديك .

5 - حكم نزع الملكية للمنافع العامة ، حيث إن الدائنين عندهم ضمان كاف لحفظ حقوقهم وهم المحلفون .

والتمليك الذي لا يحمل تطهيرًا للعقار وحده هو كل بيع يمكن أن يلحق الدائنين فيه غبن في تقدير الثمن ، وذلك في البيع بطريق الممارسة والاتفاق ، والمزايدة في أموال القاصر ، والمزايدة في المشاع .

وما دام ممتلك العقار المرهون لم يعلن بدفع الدين المضمون بالعقار ، أو بترك العين المرهونة ، فليس له ميعاد محدد لتطهير العقار المرهون ، ولكن مادام أعلن فله من هذا التاريخ ثلاثون يومًا .

ويجب على مشتري العقار تسجيل سند ملكيته في سجل الرهونات ، ثم يعلن الدائن المرتهن بواسطة محضر ليضعه في موضع الاختيار إما قبول الثمن ، وإما وضع العقار في المزاد . ويشمل إعلان الدائن ملخصًا من حجة الملكية موضحًا به اسم المالك ، والعقار ، والبيع ، والثمن إلخ ، ومعه شهادة من قلم الرهون تدل على أنه سجل سند ملكيته ، ومرفق به كشف بالرهن وتاريخه وتسجيله ، وقيمة المطلوب به ، وتصريح بما يطلب المشتري عمله مع المرتهن من دفع وعلى أي أساس إلخ .

وللمرتهن الدائن الحق في قبول الثمن ، أو وضع العقار المرهون في المزاد العلني في مدة أربعين يومًا من تاريخ إعلانه على يد محضر ، والقبول إما صراحة ، وإما ضمنًا بترك الأجل يمر .

وهل حكم مرسى المزاد ينقض البيع ويعود للماضي ، بمعنى أن تصرفات المشتري قبل حكم مرسى المزاد تنقلب باطلة ، قال بذلك المتشرعون ، أو لا يعمل بها من تاريخ صدور حكم مرسى المزاد قال بذلك علماء القانون .

تطهير الرهن القانوني :

وهي طريقة لتنبيه صاحب الرهن القانوني الغير مكلف بتسجيل رهنه ، بأن يسجل رهنه في مدة معينة ، وإلا سقط حقه .

وعليه أن يسجل عقد الملكية ، وأن يودعه بقلم كتاب محكمة العقار ، وأن يعلن بذلك المرأة المتزوجة ، وممثل القاصر والنائب العام ، ولصق مختصر من سند التمليك في صالة المحكمة المختصة لمدة شهرين .

ويجب على الدائن أن يسجل رهنه في مدة شهرين من تاريخ لصق مختصر سند الملكية ، ويقوم به من يجب عليهم التسجيل للزوجة والقاصر والمحجور عليه .

فإن تسجل الرهن في المدة القانونية حفظ حق الدائن في الأفضلية ، وفي حق متابعة العقار ، فإن لم يسجل حفظ الرهن حق الأفضلية دون حق متابعة العقار بشرطين :

1 - أن تكون مراتب الرهن فتحت في مدة ثلاثة أشهر بعد مضي الشهرين السابقين .

2 - أن يقدم الدائنون المرتهنون في مدة 40 يومًا من تاريخ نظر ترتيب

مستنداتهم [1] .

بند [48] نتائج الامتياز والرهن بالنسبة للغير ، أو حق متابعة العقار

التشريع الإسلامي : إن مشتري العين المرهونة لا يتحمل دين الرهن إلا بقدر ثمن العين المبيعة ، فإن باع الراهن بعلم المرتهن صح البيع وتعجل دينه مطلقًا ، وإن باع بغير علمه فللمرتهن متابعة العين المرهونة واستردادها لتبقى رهنًا ، كما له جعل الثمن رهنًا بدل العين قولان .

ولا يجوز للراهن ترتيب حقوق عينية على العين المرهونة بغير إذن المرتهن [2] ؛ لأنه يضعف قيمة العين المرهونة فلا تفي بالدين ، فإن كانت الحقوق العينية مترتبة قبل الرهن فلا كلام للمرتهن ، فتبقى هذه الحقوق كاملة على العين المرهونة .

وشرط استعمال حق متابعة العقار أن يتم الرهن بين الطرفين إيجابًا وقبولًا ، فيلزم الرهن بالصيغة ، وللمرتهن مطالبة الراهن بالعين المرهونة ، ويقضى له بها ولا يتم إلا بالقبض ، وقبل القبض يكون أسوة بالغرماء ، وبعد القبض يختص به المرتهن حتى دون تجهيز الراهن المتوفى .

وعند تصرف الراهن في الرهن ببيع فعلى المشتري من الراهن ، إما دفع الثمن للمرتهن ، وإما تسليم عين الرهن إليه ، فإن دفع الثمن إلى الراهن فلا شأن للمرتهن بذلك ، وللمشتري الحق في الرجوع على بائعه وهو الراهن بما دفع ، وعليه دفع الثمن للمرتهن ، وإلا سلم العين المرهونة إليه .

وبما أن العين المرهونة يجب أن تكون تحت يد المرتهن ، فلا يمكن طلب تقديم أملاك المدين المرهونة أولًا .

فإن دفع المشتري الثمن للمرتهن ، فإن كان الثمن مثل الدين برئت ذمة الراهن والمشتري .

---

(1) انظر : البنود من 2166 إلى 2179 في الباب السادس ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 182 – 186 .

(2) قاعدة : لا يجوز للراهن ترتيب حقوق عينية على العين المرهونة بغير إذن المرتهن . وقد تقدمت الإشارة إلى أن حق الراهن في التصرف في ملكه مقيد بعدم الإضرار بحقوق المرتهن .

وإن كان الثمن أقل من الدين فإن قبله المرتهن جاز له الرجوع بما بقي على مدينه ولا شيء على المشتري ، وإن لم يقبله المرتهن كان له أخذ العين المرهونة لبيعها بالمزاد العلني . وإن كان الثمن أكثر من الدين دفع الدين للمرتهن ، ودفع ما زاد عنه إلى الراهن وهو البائع .

فإن سلمه للمرتهن رجع المشتري على الراهن البائع بما أدى له من الثمن .

تطهير العقار : أي جعل العقار خاليًا من الرهن والامتياز ، وطريقه أحد أمرين : إما الوفاء بالالتزام الذي كان سببًا في الرهن ، فتخلص العين المرهونة من الرهن ، وإما بيعها علنًا بالمزاد فيشتريها المشتري خالية من كل حق للغير ، فإن كان على العين رهن فمتى بيعت العين المرهونة تفك رقبتها من الرهن ويسدد الراهن الأول ، وما بقي للراهن الثاني وهكذا [1] .

ومتى بيعت العين المرهونة تعجل الدين المؤجل واستوفي من ثمنها [2] .

وما جاء في هذا الباب هو من قبيل الإجراءات التي عملت لها لوائح وأوامر لتنظيمها ، وهي لا يأباها التشريع الإسلامي بشرط أن يأمر بها ولي الأمر ، وهي طرق يراد بها حفظ حقوق الراهنين والدائنين .

وحكم مرسى المزاد لا يرجع للماضي ، وإنما يعمل به فقط من وقت صدوره ، بمعنى أن تصرفات المشتري قبل البيع في المزاد العلني تعتبر باطلة؛ لأن الملكية إنما تنتقل من وقت انعقاد البيع ، وهو قد تم وقت المزايدة وليس في التشريع الإسلامي رهن قانوني فلا كلام إذًا في تطهيره .

بند [49] تلاشي الرهن وحق الامتياز

القانون الفرنسي : بما أن حق الامتياز والرهن من الحقوق التبعية فهي تتلاشى بتلاشي الدين المضمون بهما وقد تتلاشى أصليًا بتلاشي أسبابها الخاصة ، وقد يتلاشى الرهن

---

(1) تناولت المادة 1060 من القانون المدني المصري وما بعدها حق الحائز في تطهير العقار وتخليصه من الرهن ، وحددت الفقرة الثانية من المادة المذكورة هذا الحائز الذي يجوز له تطهير العقار ، وهو كل من انتقل إليه ملك العقار أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن ، دون أن يكون هذا الحائز مسئولا عن دين الرهن . ويتفرع هذا عن حق المرتهن في تتبع المرهون في يد حائزه ، وعن حق الراهن في التصرف في المرهون تصرفا مثقلا بحق المرتهن في استيفاء دينه من المرهون . وإنما أعطى للحائز حق تطهير المرهون بالوفاء بالدين جمعا بين مصلحته ومصلحة المرتهن في تحصيل حقه . وقد تناولت هذا الموضوع المواد 1352 – 1363 من القانون المدني الأردني .

(2) قاعدة : متى بيعت العين المرهونة تعجل الدين المؤجل واستوفي من ثمنها .

ويبقى حق الامتياز . وتلاشي الرهن وحق الامتياز التبعي ، كتلاشي الدين حرفًا بحرف ، فما قيل هناك يقال هنا . وتلاشي الرهن وحق الامتياز أصالة ومباشرة يرجع إلى :

(1) تنازل الدائن عن الرهن أو حق الامتياز .

(2) إتمام طريقة تطهير العقار .

(3) مضي المدة .

(4) فقد الشيء المرهون .

أولًا : سقوط الحق في الرهن وحق الامتياز بمضي المدة : فإن كان العقار تحت يد المدين فسقوط الحق في الرهن ، وحق الامتياز لا يتملك للمدين مباشرة ، وإنما يتبع سقوط الحق بمضي المدة في نفس الالتزامات المضمونة بهما ، وإن كان العقار المرهون تحت يد الغير تملك هذا الغير الرهن وحق الامتياز ، بمعنى أنه يمتلك من جهة شروط وجوده ، ويتلاشى من جهة نتائجه .

ويشترط لسقوط الحق في الرهن وحق الامتياز أن يكون العقار في حوزته ووضع اليد عليه ، وأن يمر عشر سنوات إذا كان واضع اليد حسن النية ، ومعه سند صحيح للملكية ، وكان المرتهن موجودًا ببلد الرهن ، فإذا كان غائبًا عنها فعشرون سنة ، كتملك الملكية في العقار . فإن كان الغير سيئ النية ، فيجب أن يمر ثلاثون سنة ، وابتداء المدة من تاريخ تسجيل عقد الملكية .

ثانيًا : ضياع العقار المرهون كلية : إذا انهدم العقار المرهون في حريق ، أو غرق ، أو هزة أرض ، وكان مؤمنًا عليه ، هل يستوفي الدائنون الراهنون وأصحاب حق الامتياز من رأس مال التأمين أو التعويض ؟ نعم لهم ذلك مع حفظ حق الامتياز . ويشترط في ذلك معارضة الراهنين وأصحاب حق الامتياز المؤمن عنده في الصرف إلى المدين ، ولو بخطاب مسجل ، فما دفع له قبل ذلك لا رجوع فيه .

ثالثًا : وجود حق الأفضلية مع فقد حق متابعة العقار : معلوم أن الرهن يستوجب للمرتهن الأول تفضيله على غيره في دفع دينه من ثمن العين المرهونة ، وهو المقصود بالذات من الرهن ، غير أنه قد لا يجد المرتهن العقار المرهون تحت يد الراهن لاستيفاء حقه ، فيتولد حق متابعة العقار أيًا كان ؛ لأن الرهن حق تعلق بعين العقار ، فيمكن تحقيق وجود حق الأفضلية مع فقد حق متابعة العقار .

ولا يبقى حق متابعة العقار مع فقد حق الأفضلية ؛ لأن حق متابعة العقار تابع لحق الأفضلية وهو أصل له ، ومتى فقد الأصل فقد التابع .

وفي المواضع الآتية يبقى حق الأفضلية مع فقد حق متابعة العقار :

(1) الامتياز العام : حق متابعة العقار سقط عند عدم تسجيل الرهن قبل نقل تكليف العقار للمشتري من المدين .

(2) الرهن القانوني للقاصر والمحجور عليه والمرأة المتزوجة : حق متابعة العقار سقط ، لكن الأفضلية توجد في بعض الحالات الآتية :

1 – في حالة نزع الملكية للمصلحة العامة مع عدم التسجيل في 15 يومًا مدة تسجيل حكم نزع الملكية ، فحق الأفضلية يكون محفوظًا بشرط تقديم المستندات قبل دفع التعويض ، أو الترتيب النهائي بين الدائنين .

2 – في حالة التمليك الاختياري بعدم تطهير العقار لعدم التسجيل في مدة شهرين .

3 – في حالة الحجز العقاري مع عدم التسجيل قبل تسجيل الحكم الصادر في مرسى المزاد .

(3) في حالة إهمال الموظف المختص بالرهن في إثبات حالة رهن على العقار في كشف التصرفات ، فصاحب هذا الرهن المنسي يحفظ حقه في الأفضلية لا في متابعة العقار .

(4) في حالة تفريق العقار بجعله منقولًا بعد أن كان عقارًا بالتخصيص ، فإن حق المرتهن أو صاحب الامتياز في الأفضلية باقٍ ، وليس لهما حق متابعة ما أصبح منقولًا ؛ لأنه لواضع اليد .

(5) تنازل المرأة المتزوجة عن رهنها للمشتري لا يضيع حقها في الأفضلية ، بل يضيع حقها في متابعة العقار .

نقل حق الامتياز والرهن :

الرهن وحق الامتياز قابلان للانتقال : إما تبعًا ، وإما استقلالًا ، فتبعًا كما في حالة موت الدائن أو التنازل عن الدين الآخر ، أو في حالة الدفع مع الحلول محل الدائن وذلك :

أولًا : تحويل أو تنازل خاص بالرهن على العموم : الدائن المرتهن يمكنه عمل اتفاقات على أربعة أوجه :

1 - تحويل خاص : وهو أن يتنازل الدائن المرتهن عن رهنه إلى شخص آخر مع حفظ الدين له (مع احتفاظه بالدين) ، فهو فصل رهن عن دينه لا تصاله بدين آخر يكون مضمونًا به ، ونتيجة ذلك أن الدائن المتنازل له أصبح يملك الرهن كالمتنازل بلا زيادة .

2 - تنازل الأسبقية : وهو أن يتنازل الدائن المرتهن عن أسبقية رهنه إلى دائن آخر مع احتفاظه بدينه ورهنه ، لا بمرتبة رهنه ؛ فالتنازل هنا منصب على مرتبة الرهن فقط لا على الرهن ، ومفهوم أن هذا يكون من مرتهن لمرتهن على عقار واحد .

3 - تنازل عن الرهن : فإن كان المتنازل له دائنًا كان تحويلًا لمصلحته ، وإن كان المتنازل لمصلحته شخصًا آخر متملكا العقار المرهون كان تركًا للرهن .

4 - اتفاق الامتناع : وهو اتفاق يتعهد فيه دائن مرتهن سابق في الترتيب مع دائن مرتهن متأخر على عدم استعمال حقه في الأسبقية في الرهن التي تضر بهذا الأخير .

ثانيًا : اتفاقات خاصة برهن المرأة المتزوجة : المرأة المتزوجة يمكنها أن تعمل في رهنها ما يأتي :

1 - يمكن للمرأة تحويل رهنها القانوني ، سواء أكان المحول له دائنها أو دائن زوجها ، وينتج عن ذلك أن تفقد المرأة حقها في الرهن القانوني ، وأن المحول له لا يمكنه استعمال الرهن في مبلغ أزيد من دين المرأة المتزوجة .

2 - يمكنها التنازل عن رهنها القانوني ؛ فإن كان المتنازل له دائنًا فهو تحويل حقيقي ، وإن كان التنازل إلى من تملك العقار من زوجها فهو تحويلي أو تنازلي .

ويكون التنازل قصدًا أو ضمنًا . وينتج عن ذلك أن التنازل إن كان تنازليًا فقد سقط حقها في متابعة العقار ، وبقي حقها في الأفضلية في ثمن العقار .

ويشترط أن يكون التنازل في إشهاد رسمي بحضور مسجل العقود ، ويجب تسجيل هذا التنازل والتأشير بهامش سجل الرهونات على سجل رهنها بهذا التنازل . وترتيب التنازل هنا يكون بتاريخ التسجيل ، وليس للمرأة التنازل عن رهنها في نظام المهر مطلقًا لو رضي زوجها [1] .

---

(1) انظر : بند 2180 في الباب السابع ، من الكتاب الثامن عشر ، من المقالة الثالثة من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 186 - 187 .

بند [50] تلاشي الرهن وحق الامتياز

التشريع الإسلامي : الرهن والامتياز من الحقوق التبعية ، فتوجد مع وجود ما أخذت له ، وتنعدم متى انعدام متبوعها ، وقد تتلاشى هي وحدها بتنازل الدائن عن الرهن أو الامتياز ، وببيع الشيء المرهون بالمزاد العلني ، وبفقد الشيء المرهون ، ولا يتلاشى الرهن بمضي المدة ؛ لأن شرط صحة الرهن وجوده تحت يد المرتهن أو تحت يد أمين . فإن كان كذلك فلا يتملك بوضع اليد المدة الطويلة ؛ لأن وضع اليد على الرهن لا يفيد الملكية قلت المدة أو كثرت من المرتهن أو الأمين ، ويتملك الرهن ككل ما يتملك من الغير بشروطه المعروفة في وضع اليد . وإن سقط الدين لأي سبب تبعه سقوط الرهن [1] ؛ لأن الرهن لا يقوم وحده ، ولا يتأتى تملك الرهن من الغير؛ لأن الفرض فيه أنه تحت يد أمين أو تحت يد المرتهن . وفي كلتا الحالتين لا يتملك الرهن ، فلو أهمل أحدهما فهو ضامن ؛ لأنه فرط في الحفظ . ويشترط لسقوط الحق في الرهن وحق الامتياز خروج العين المرهونة ، أو ما عليها الامتيازات من يد المرتهن أو الأمين ولم يتابعها بين يد القضاء لإرجاعها . فلو خرجت العين المرهونة من يد المرتهن أو العين التي عليها حق الامتياز ولم يسْعَ المرتهن أو صاحب الامتياز لحوزها سقط حقه بمجرد الترك ، ولا يشترط مضي مدة إلا ما يحكم بها العرف بعلمه وترك إرجاعها لحوزته .

كما يسقط الحق في الرهن بإذن المرتهن للراهن في سكنى دار مرهونة ، أو في إجارة لذات مرهونة عقارًا أو حيوانًا أو عروضًا ولو لم يفعل ، وبإذنٍ ببيع وسلمه للراهن ، وبإعارة له لراهنه . ومتى سقط حق الرهن بطل حق اختصاص الدائن بالرهن ، وكان الرهن بين كل الغرماء ، وحاصص المرتهن مع بقية الغرماء .

ضياع العين المرهونة : نتيجة ضياع العين المرهونة ، أو تلفها ضمانها ، أو عدم ضمانها ، وفيها التفصيل الآتي :

أولًا : الرهن مما يغاب عليه ، ويمكن إخفاؤه عادة كالحلي ، والثياب ، والسلاح ،

---

(1) قاعدة : سقوط الدين يؤدي إلى سقوط الرهن . وقد بينت المواد 1082 – 1085 من القانون المدني المصري أحوال انقضاء الرهن الرسمي ، كما بينت المواد 1112 – 1114 من القانون المدني المصري أحوال انقضاء الرهن الحيازي ، وإجمال هذه الأحوال في انقضاء الدين المضمون ، أو بنزول المرتهن عن الرهن ، أو إذا تمت إجراءات التطهير أو إذا هلك المرهون أو إذا اجتمع حق الرهن والملكية في يد شخص واحد . ويتفق هذا مع منصوص الفقه الإسلامي وقواعده العامة .

والكتب مثلًا فيضمن المرتهن الرهن إن ادعى ضياعه ، أو تلفه ، أو رده بشروط :

1 - أن يكون الرهن في يده .

2 - ولم تقم على هلاكه بينة [1] .

ثانيًا : الرهن مما لا يغاب عليه كالعقار والحيوان مثلًا ، فإن ادعى المرتهن ضياعه ، أو تلفه ، أو رده ، فإنه يصدق ولا ضمان عليه . فإن كان الرهن بيد أمين وقامت على هلاكه بينة فلا ضمان إلا إذا فرط [2] .

فإن سلم الراهن الرهن للمرتهن ببينة مقصودة للتوثق فلا يصدق في ادعاء ضياع ما لا يغاب عليه أو تلفه أو رده .

ولو شرط البراءة من الضمان فلا ينفعه شرطها في غير رهن متطوع به [3] .

فلو انهدم منزل الرهن وكان مؤمنًا عليه فالمرتهن ليس أحق بالتأمين قبل الغرماء ؛ لأنه نتج عن عين مرهونة ، وليس كثمنها إذا بيعت ؛ لأن أصل التأمين لا يجوز؛ لأنه من عقود الخطر ، والخطر وما نتج عن عقد غير جائز شرعًا لا يحل لأحد أخذه ؛ لأنه محرم وممنوع شرعًا .

وليس هناك حق للمرتهن متى فقد الرهن من يده وسكت فإن تابعه فهو أحق به قضاء ، وإن سكت حاصص كالغرماء بلا تفصيل . وليس هناك تفصيل مع فقد العقار من الراهن إلا لمن لهم حقوق ممتازة كما سبق الإشارة إلى ذلك سابقًا .

نقل حق الامتياز والرهن :

حق الامتياز قابل للانتقال تبعًا للدين [4] ؛ لأن الامتياز راجع لطبيعة الدين لا

---

(1) إنما يضمن المرتهن عند المالكية كما تقدم « إن كان الرهن بيده ، وهو مما يغاب عليه أي يمكن إخفاؤه عادة كالحلي ، والثياب ، والسلاح ، والكتب ، ولم تقم على هلاكه بينة ، فشروط ضمانه ثلاثة كونه بيده ، وكان مما يغاب عليه ، ولم تقم على هلاكه بينة بضياعه بغير تفريط ، فيضمنه المرتهن ، ولو اشترط البراءة من الضمان ، ولا ينفعه شرطها . الشرح الصغير (133/3) وقد تقدمت الإشارة إلى اختلاف الفقهاء في كون يد المرتهن يد أمانة فلا يضمن إلا بالتفريط والتعدي أو يد ضمان فتكون مسئوليته مطلقة .

(2) إن كان بيد أمين ، أو كان مما لا يغاب عليه أو قامت على ضياعه بينة فلا ضمان على المرتهن . الشرح الصغير (133/3) .

(3) المرجع السابق (133/3) .

(4) قاعدة : حق الامتياز قابل للانتقال تبعًا للدين .

للدائن ولا للمدين ؛ فمثلًا من التقط لقطة ، وأنفق عليها من ماله الخاص ، ثم رب اللقطة يطلبها فللملتقط تحويل نفقته لغيره فتحتفظ النفقة بحق الامتياز ، ولو حولها الملتقط لغيره فالامتياز راجع لطبيعة الدين لا للدائن ولا للمدين .

وأما نقل الرهن أو الكفيل فلا يجوز إلا بشرط نقل الرهن أو الحميل تبعًا للدين ؛ فالرهن تبع للدين بشرط قبول الراهن [1] وإلا فلا ينتقل ، فمن اشترى دينًا أو وهب له وكان برهن أو حميل لم يدخل فيه الرهن ، أو الحميل إلا بشرط دخولهما وحضور الكفيل ، وإقراره بالكفالة .

وهذا بخلاف من ورث دينًا برهن أو كفيل [2] ، فإنه يكون له به ، وإن لم يشترط ذلك . فإن كان الرهن لدينين وتنازل أحد الراهنين للآخر ، عن الرهن صح التنازل وبقي رهنًا للدائن الآخر . وليس هذا تنازلًا للغير؛ لأن الغير مرتهن على أنه يشترط أيضًا رضاء الراهن عن هذا التنازل .

وأما تنازل المرتهن عن أسبقيته إلى دائن آخر مع احتفاظه بالرهن لا بمرتبته فهذا صحيح ؛ لأنه يشترط في الرهن أن لا يكون بيد الراهن ؛ فمن كان الرهن بيده كان هو المقدم بالسداد متى كان هو الأول . فإن كان تحت يد أمين جاز التنازل عن مرتبة الرهن متى أشهد على ذلك فيبقى الرهن ، ولكن في المرتبة المتفق عليها بين الدائنين .

كما يجوز التنازل عن الرهن فيبقى الدين بلا رهن . ويجوز للمرتهن الاتفاق على عدم استعمال حقه في الاستيفاء في الرهن [3] .

رهن المرأة المتزوجة : ليس في التشريع الإسلامي رهن للمرأة المتزوجة ؛ لأن الزواج مبني على الانفصال التام بين الأموال ، ولا سلطان للزوج ولا للزوجة على مال أحدهما للآخر إطلاقًا كما سبق بيانه ، وكما سيأتي .

---

(1) قاعدة : ينتقل الرهن تبعًا للدين بشرط قبول الراهن وإلا فلا ينتقل .

(2) قاعدة : من ورث دينا برهن أو كفيل فإنه يكون له به وإن لم يشترط ذلك .

(3) يقول الدردير : « .. لا إن كان بيد أمين ، أو كان مما لا يغاب عليه كالحيوان ، وادعى ضياعه ، أو تلفه ، ولم تقم على هلاكه بينة لا إن قامت » . الشرح الصغير جـ 3 ص 133 .

القسم السادس

الكتاب الأول

بحث خاص لعقود أساسية بالرغم من بحث العقود المار على وجه العموم بشروطها ونتائجها ، فقد رأى المشرع بحث بعض العقود الأساسية لما لها من شروط خاصة تتعلق بكل منها .

بند [51] البيع

القانون الفرنسي :

نظرة عامة : البيع هو : أن يتعهد شخص بنقل ملكية شيء محدد إلى شخص آخر نظير مبادلته بدفع ثمن محدد فالأول بائع والثاني مشترٍ .

أوصاف عقد البيع القانونية :

1 - هو عقد يتبادل فيه الطرفان الالتزامات (نقل ملكية نظير دفع الثمن) .

2 - هو عقد يكفي لانعقاده إرادة الطرفين ، فليس ما يكتب إلا لحسم خلاف مستقبل من إنكار ، أو خلاف في الشروط . فالبيع يتم بإرادة الطرفين فقط ، ويصح أن يكون عرفيًا كما يصح أن يكون رسميًا .

3 - هو عقد نظير مقابل ، فالبائع يقدم المبيع نظير أن يقدم المشتري الثمن .

4 - هو عقد يقتضي المبادلة من الجانبين .

الفرق بين البيع في القانون الفرنسي والقانون الروماني

يوجد بين البيع في القانون الفرنسي والقانون الروماني نقطتان أساسيتان في الفرق بين التشريعين :

أولًا : في القانون الروماني : البائع لا يتعهد بنقل الملكية للشيء المبيع إلى المشتري ، ولكن ينقل إليه كل الحقوق التي يمكن أن تكون له على الشيء المبيع .

ولكن اليوم يتعهد البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري .

ثانيًا : في القانون الروماني : متى كان البائع يملك الشيء المبيع فمجرد البيع نفسه لا ينقل الملكية ، وإنما يحتاج إلى شيء آخر ، وهو نقل الشيء ، أو سبب آخر

كان مستعملا لذلك ، فالبيع ليس مرادفًا للتمليك ، بل هو غيره .

وفي القانون الفرنسي إرادة الطرفين تكفي لوجود البيع ، ونقل الملكية ، فالبيع والتمليك شيء واحد .

تكوين البيع :

البيع نوع من أنواع العقود فيجب فيه من الشروط ما يجب لكل عقد ، ولكن له شروط خاصة أفرد لها هذا الباب .

وعود البيع والمشتري : يمكن ذكر ثلاث وعود للبيع والمشتري :

أولًا : وعد مشترك بالبيع والشراء : يوجد وعد مشترك بالبيع والشراء متى وعد شخص أن يبيع شيئًا معينًا نظير ثمن معين ، كما وعد شخص آخر أن يشتري هذا الشيء نظير الثمن المحدد .

ونتيجة ذلك : أن هذه إرادة المتعاقدين في عقد البيع بينهما ، ومعنى هذا انعقاد البيع فورًا بينهما ، وأصبح المبيع ملكًا للمشتري ، ولو تلف فعلى حسابه ، لذا نص قانونًا : (إن وعد البيع بيع) .

فلو اتفقا على أجل محدد انعقد البيع فورًا ، وكان بيعًا لأجل متى ذكر الوعد به في العقد ، ويكون المشتري مالكًا للعين المبيعة ، وهي على حسابه في المكسب والخسارة .

ثانيًا : وعد مفرد بالبيع : وهو أن يتعهد شخص تعهدًا قاطعًا ببيع شيء معين بثمن معين لمن يجب أن يشتري بهذا الثمن مع تحديد مدة العرض من البائع عادة .

نتائج وعد البيع : لتحديد نتائج وعد البيع يلزم مراعاة تحديد وقتين مختلفين :

(1) قبل أن يعلن الطرف الآخر إرادته في الشراء : إلى هذه اللحظة يبقى الواعد بالبيع حافظًا لملكية الشيء المعروض ، فلا انتقال للملكية ولا وضع الشيء في أملاك آخر ، بل له أن يتصرف فيه ببيع أو رهن أو هبة لغير من عرض عليه البيع .

فإن فعل ذلك فقد خالف وعده ، فيتحمل التعويض لمن لحقه ضرر من ذلك ، وغالبًا يحدد وعد البيع بزمن معين ، فإن مضى الزمن بدون أن يعلن الطرف الآخر إرادة الشراء أصبح الواعد حرًا يتصرف في معروضه كما يشاء . وإن كان الوعد بغير تحديد مدة فللمحكمة كامل الحرية في تقدير مدة السكوت المساوية للرفض .

2 - بعد أن يعلن الطرف الآخر إرادته في الشراء : فعلى الواعد تنفيذ وعده وعمل عقد البيع ، وتسليم العين المبيعة إلى المشتري .

وفي حالة عدم الوفاء بوعده يجوز للقاضي إصدار حكم به إذا لم يتم العقد ، فالحكم يقوم مقامه ، أو نفس الوعد بالبيع بيع ، فلا يحتاج لحكم بشرط أن تكون شروط البيع موجودة كتحديد الثمن والعين المبيعة إلخ . فإذا لم يسلم المبيع تدخل القضاء لإثبات آثار البيع المترتبة عليه لا لإيجاد البيع نفسه ، فقد وجد وانعقد بالوعد ، ولا يرجع البيع للماضي ، بل يعتبر فقط من تاريخ إعلان المشتري إرادة الشراء .

3 - وعد من جانب واحد بالمشترى : وهو تعهد شخص بمشترى شيء بثمن محدد من شخص آخر متى قبل البيع ، وعادة يكون محددًا بمدة . وهو قبل إعلان البيع من المالك لا ينتج شيئًا ، فإن أعلن المالك قبول البيع انعقد البيع ما دام الأجل موجودًا ، ولا يرجع آثاره للماضي ، وإنما من يوم انعقاده فقط .

العربون : ويتكون من مبلغ من المال دفعه أحد الطرفين للآخر وقت التعاقد ، ويعطى لكل طرف صفة التنازل عن التعاقد ، والذي دفعه يفقده ، والذي أخذه يدفع ضعفه في حالة التنازل عن التعاقد ، وهذا مغاير لما يدفعه المشتري وقت التعاقد على الحساب من أصل الثمن .

ثانيًا : نماذج البيع : للبيع عدة أشكال : فيكون بسيطًا ، ويكون معلقًا على شرط ، ويكون على التخيير في شيئين أو أكثر . وعلى العموم فنتائجه لا تختلف عن نتائج الاتفاقات العامة .

البيع بالوزن أو بالعد أو بالمقاس : يتم البيع في هذه الأشكال بالوزن أو بالعد أو بالمقاس . وما دام لم يتم العد أو المقاس ، أو الوزن فالمبيع في ملكية البائع يتحمل خسارته . فإن بيع الشيء الذي يوزن أو يعد أو يقاس بالجملة من غير نظر إلى وزن ، أوعد أو مقاس كمن باع القمح الذي في مخزنه بثمن معين جملة تم البيع بالتعاقد ، وأصبح المبيع في ملك المشتري .

البيع بشرط ذوق الطعم أو التجربة : البيع لا ينعقد حتى يتم التذوق أو التجربة ومن حق المشتري عدم انعقاد البيع إذا لم يكن في المبيع الصفة المشروطة (كتذوق النبيذ أو الزيت) [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1582 إلى 1593 في الباب الأول ، من الكتاب السادس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 52 - 54 .

بند [52] البيع

بعض العقود الخاصة :

التشريع الإسلامي : البيع عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة ، فيلتزم كلا المتعاقدين بنقل ملكية عوضه للطرف الآخر [1] ، ويتم بإرادة الطرفين ومن حقيقته المبادلة من الجانبين [2] .

والبيع في التشريع الإسلامي يتم وينعقد بإرادة الطرفين [3] بلا احتياج لشيء آخر ، وبه يتم نقل ملكية الشيء المبيع . ولا فضل للتشريع الفرنسي على التشريع الروماني ، ولكن الفضل كل الفضل للتشريع الإسلامي فهو الذي أعقب التشريع الروماني ، وضرب في بقاع الأرض شرقًا وغربًا ، فاعتنق الناس قواعده المرتكزة على العدالة والبساطة ، فعنه أخذ التشريع الفرنسي أحدث النظم وأدقها .

ففي التشريع الإسلامي إرادة الطرفين تكفي لوجود البيع ونقل الملكية ، فالبيع والتمليك شيء واحد ، فيجب تحقق الشروط العامة في البيع ككل العقود صحة ووجودًا .

---

(1) تناولت المادة 418 من القانون المدني المصري تعريف البيع ونصها « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل إلى المشتري ملكية شيء أو حقًّا ماليًا آخر في مقابل ثمن نقدي » وتقابل هذه المادة المواد 465 من المدني الأردني ، 454 كويتي ، 506 عراقي ، 382 من مشروع المدني طبقا للشريعة الإسلامية . ومن الجدير بالذكر الالتفات إلى اختلاف التصوير الفني في الفقه الإسلامي عنه في فقه القانون الوضعي ؛ ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد ، أما في فقه القانون الوضعي فإن العقد ينشئ التزاما ينقل الملك ، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فورا بمجرد نشوئه ، فينتقل الملك تنفيذا للالتزام لا بحكم العقد . ومن الملاحظ أن التصوير الفني الذي أخذ به الفقه الإسلامي أدق ، ولذا أخذت بها المادة المذكورة من المشروع ويلاحظ الفقيه المتميز عبد الرزاق السنهوري (الوسيط 123/4) في تتبعه لتطور نقل الملكية المترتب على البيع في القوانين الغربية أن هذه القوانين قد قطعت أشواطا عديدة في هذا الصدد ، ولم يستقر القانون الفرنسي على جعل البيع ذاته ناقلا للملكية بترتيب التزام في ذمة البائع بنقل هذه الملكية للمشتري إلا في عام 1804 على حين تعجل الفقه الإسلامي هذا التطور « وجعل البيع ناقلا للملكية قبل ذلك بدهور طويلة » . أما تعريف البيع في الفقه الإسلامي فيراجع في فتح القدير 455/5 ومواهب الجليل 255/4 والمغني لابن قدامة 2/4 وكشاف القناع 146/3 ومغني المحتاج 332/2 ، والمادة 105 من مجلة الأحكام العدلية والمادة الأولى من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام أبي حنيفة .

(2) يقول الدردير : « البيع عقد معاوضة ، ولا يكون العقد إلا بين اثنين بإيجاب وقبول وخرج بقيد المعاوضة الهبة ، والوصية على غير منافع خرج النكاح والإجارة » . الشرح الصغير جـ 3 ص 1 ، مواهب الجليل جـ 4 ص 228 .

(3) قاعدة : البيع يتم بالإيجاب والقبول وبإرادة كل من الطرفين .

وعود البيع والمشتري : الوعد بالبيع فقط من جانب البائع ليس بيعًا ، والوعد بالمشترى من جانب المشتري فقط ليس شراءً ، والوعد بالبيع والوعد بالشراء معًا ليسا بيعًا ؛ لأن قول البائع سأبيعك منزلي هذا بثمن كذا ، وقول المشتري سأشتري منزلك هذا بثمن كذا ليس شراءً . واجتماع القولين ليس بيعًا ولا شراء ؛ لأنه يجب أن يكون البيع والشراء بتًا (بعتك منزلي هذا بألف ، أو أبيع منزلي هذا بألف ، اشتريت منزلك هذا بألف ، أو قبلت شراءه بألف) .

فالوعد المشترك بالبيع والشراء لا ينعقد به البيع [1] ، ونتيجة ذلك بقاء المبيع على ذمة البائع وفي ملكه ؛ فلو تلف فعلى حسابه .

أما عرض المبيع بثمن معين ، فيصح أن يكون إيجابا ، فإن قال شخص : أبيعها بمائة ، أو عرضها للبيع بثمن معين فقال آخر : قبلت ، انعقد البيع ، فإن تنحى البائع بقوله ما أردت البيع ، فإن قامت قرينة على عدم إرادة البيع فالقول للبائع بلا يمين ، وإن دلت القرائن على إرادة البيع لزمه البيع .

فإن قال المشتري : لم أرد الشراء فإن لم يحلف لزمه ، فَحُمِّلَ الحلف حيث لم يرض بعد رضاء الآخر .

فإن كان قبل رضاء الآخر فله الرد ولا يمين ، وللبائع إلزام المشتري في المزايدة ولو طال الزمن ، أو انفض المجلس تبعًا للعرف .

ومتى انعقد البيع بتلاقي العرض والقبول وقع بتًا يعني على البائع تسليم المبيع وعلى المشتري دفع الثمن [2] . فلو كان في العرض أو في القبول أجل في الثمن أو المثمن انعقد البيع إلى الأجل المحدد ، ولكنه يكون منعقدًا ، ويكون المشتري مالكًا للمبيع متى كان واجب التسليم ولو كان فيه عد أو وزن أو كيل ، وضمانه منه وخسارته ومكسبه عليه إلا فيما فيه حق توفية فعلى البائع حتى يتم التسليم .

وعد مفرد بالبيع : هذا الوعد المفرد بالبيع لا يتم به البيع إلا بالقبول ، فإن كان وعد الشخص معينًا فلا بد من قبوله من ذلك الشخص . وإن كان وعدًا عامًا

---

(1) قاعدة : الوعد المشترك بالبيع والشراء لا ينعقد به البيع .

(2) قاعدة : متى انعقد البيع بتلاقي العرض والقبول وقع بتًا ويجب على البائع تسليم المبيع وعلى المشتري دفع الثمن .

كمن وضع في واجهة حانوته قماشًا وكتب عليه ثمن المتر 50 قرشًا صاغًا مثلًا ، فيتم البيع من أي شخص مريد للشراء بقبوله هذا العرض وإظهار رغبته في ذلك ، ومتى قَبِلَ تَعَيَّنَ تسليمُ المبيع وأخذُ الثمن ويجبر على ذلك قضاء [1] .

وبما أن العرض لا يتم به البيع وحده فمتى قبل المشتري فقد وجدت حقيقة البيع . وحكم القاضي إنما يكون بتسليم المبيع لا بانعقاد البيع ، فقد وجدت حقيقته بمجرد القبول من المشتري .

ومعلوم أنه ما لم يتم البيع فالمبيع باق على ملكية صاحبه ، فإن حدد وقت العرض بشهر أو بأكثر عومل به . وإن لم يحدد فما دام العرض باقيًا صح القبول وانعقد البيع ووجب تسليم المبيع . ومعلوم أيضًا أن البيع لا يرجع للماضي ، وإنما يعمل به من تاريخ تلاقي إرادتي المتعاقدين .

إيجاب الشراء من جانب واحد لا قيمة له إلا إذا قبل البائع البيع ، فينعقد البيع وتنتقل ملكية المبيع للمشتري . فإن كان العرض محددًا بمدة فللبائع الحق في قبول البيع في هذه المدة ، وإلا فمتى مضت مدة العرض فلاحق له في القبول إلا إذا رضي المشتري بذلك ، ولا يرجع أثر البيع للماضي بل ينتج أثره من يوم قبول البيع من البائع [2] .

العُرْبُون : ويتكون من مبلغ من الثمن يدفعه المشتري إن لم يتمم المشتَري فلا حق له فيه ، ومثل هذا العمل باطل ؛ لأنه أكل أموال الناس بالباطل بلا مقابل ؛ لأن البائع إذا تملكه لإعراض المشتري عن الشراء فقد تملكه بغير حق ؛ لأنه يجب أن يكون البائع والمشتري غير مجبرين شرعًا لا على البيع ولا على الشراء ، وهذا إكراه مادي على المشتري وهو غير جائز ، فيجب رد ما دفع للمشتري إذا أعرض عن الشراء حتى ولو اشترط عدم الرد .

وأما ما ذكره المشرع الوضعي في تمام تعريف (العربون) من أن البيع على العربون

---

(1) يقول المواق : « ينعقد البيع بما يدل على الرضا ، وإن بمعاطاة . قال الباجي : البيع معروف ويفتقر إلى إيجاب وقبول ، وكل لفظ وإشارة فهم منه الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود » . التاج والإكليل جـ 4 ص 228 ، وراجع كلام الحطاب عن تسليم الثمن والمثمن بمجرد العقد الذي نقله عن الشيخ زروق .

(2) يقول الحطاب : « الركن الأول الذي هو الصيغة التي ينعقد بها البيع : هو ما يدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب ، وما يدل على الرضا من المشتري يسمى القبول وسواء كان الدال قولا كقول البائع بعتك ... أو فعلا كالمعاطاة » مواهب الجليل جـ 4 ص 228 .

يعطي لكل طرف صفة التنازل عن التعاقد ، فهذا خلط بين البيع على الخيار لكل من البائع والمشتري ، وبين بيع العربون البت الذي يبيح للبائع أخذ ما دفعه المشتري عربونًا عند عدوله عن المشتري ، وهذا ممنوع كما قدمنا في التشريع الإسلامي [1] .

نماذج البيع : للبيع أشكال مختلفة فيكون بسيطًا وبتًّا ومع شرط ، وعلى التخيير في شيئين إلخ .

البيع بالوزن أو بالعد أو بالمقاس : هذا البيع يُقال له : بيع المثلي أي ماله مثل فعند الضمان يجب أداء المثل لا القيمة .

يتم البيع في المعدود والموزون والمكيل بمجرد التعاقد ، ومقابلة العرض للقبول مقابلة تامة ، فتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد الإيجاب والقبول ، فلا يجوز للبائع أن يتصرف في المبيع ؛ لأنه تصرف في ملك الغير ، ولكن ضمان المبيع أو المكسب والخسارة قبل العد أو الوزن أو المقاس تكون على حساب البائع ، ومتى تم العد أو الوزن أو المقاس ، واستلمه المشتري انتقل الضمان إليه .

فإن كان بيع المعدود والمكيل والموزون جملة بدون عد فهو جائز ، وهو المسمى بيع الجزاف ويشترط في صحته :

1 - إنْ رِيئ حال العقد . 2 - ولم يكثر المبيع جدًّا .

3 - وجهله البائع والمشتري . 4 - وحزراه بالفعل .

---

(1) يقول السيوطي في تنوير الحوالك : « ما جاء في بيع العربان حدثني يحيى عن مالك عن الثقة عنده عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول اللّه ﷺ نهى عن بيع العربان قال مالك : وذلك فيما نرى واللّه أعلم أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة أو يتكارى الدابة ثم يقول للذي اشترى منه ، أو تكارى منه أعطيك دينارًا أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل على أني إن أخذت السلعة أو ركبت ما اكتريت منك فالذي أعطيك هو من ثمن السلعة ، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيك باطل » . تنوير الحوالك جـ 2 ص 46 . وعليه فإن بيع العربون بفتح العين وضمها باطل وغير صحيح . وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والشافعية . أما الحنابلة فيرون جوازه استنادا لما روي عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر دار صفوان بن أمية ليتخذها سجنا فإن رضي عمر ، وإلا فله كذا وكذا . قال الأثرم قلت لأحمد : تذهب إليه ؟ قال : أي شيء أقول هذا عمر ﷺ . نيل الأوطار للشوكاني 153/5 وما بعدها ، والمغني لابن قدامة 58/4 وحاشية الجمل 72/3 وحاشية الدسوقي 63/3 وكشاف القناع 195/3 . وقد تناولت المادة 103 من القانون المدني المصري حكم بيع العربون ، وقضت بصحته . ويتفق معها في ذلك المواد 88 مشروع مدني طبقا للشريعة ، 107 مدني أردني ، 92 عراقي ، 75 - 76 كويتي .

5 - واستوت أرضه . 6 - ولم يُعَدْ بلا مشقة .

7 - ولم تقصد أفراده إلا أن يقل ثمنه .

8 - وأن لا يشتريه مع مكيل ، ومتى اجتمعت هذه الشروط صح البيع ، ولزم وانتقل الضمان من البائع إلى المشتري بمجرد تمام البيع؛ لأنه لا يحتاج إلى توفية حيث قد بيع جزافًا [1] .

البيع بشرط ذوق الطعم أو التجربة : الشرط في مثل هذا جائز [2] فإذا اتفق

---

(1) يذكر الدردير جواز بيع الجزاف : « بشروط سبعة إن رئي ، ولم يكثر جدًّا وجهلاه ، وحزراه ، واستوت أرضه وشق عده ، ولم تقصد أفراده إلا أن يقل ثمنه » . الشرح الصغير جـ 3 ص 9 ، 10 . والأصل اشتراط معلومية المبيع العلم النافي للجهالة ، ولذا كان الأوفق مع الأصول المنع منه ، كما يقول الدسوقي في حاشيته (20/3) ، « ولكنه خفف فيما شق علمه من المعدود أو قل جهله في المكيل والموزون » ودليله حديث ابن عمر ﷺ : « كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا ، فنهانا رسول اللّه ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه » وقد انفرد المالكية بتفصيل شروط صحة بيع الجزاف على هذا النحو ، وإن اتفق الفقهاء على جوازه ، والأظهر عند الشافعية جوازه مع الكراهة . ومن الغريب لهذا أن تمنع منه المادة 383 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية .

(2) تناولت المادة 421 و 422 من القانون المدني المصري البيع بشرط التجربة أو المذاق ؛ حيث نصت المادة 421 منه على صحة البيع بشرط التجربة خلال مدة معينة يتفق عليها البائع والمشتري ، وإلا كان تحديد مدة معقولة للتجربة أمرا متروكا للبائع ، فإذا انقضت المدة دون أن يعبر المشتري عن رفضه مع تمكنه كان سكوته قبولا للبيع . أما المادة 422 فقد تعرضت للبيع بشرط المذاق . وقد تناولت الموضوعين المادة 386 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية والمواد 462 كويتي ، 524 ، 525 عراقي ، 470 - 476 من القانون المدني الأردني . وتتفق هذه المواد جميعها في الحكم بجواز كل من بيع التجربة وبيع المذاق ، سواء عينت مدة محددة للمشتري أو لم يحدد ذلك ، ويترك له عندئذ مدة معقولة ليتعرف على المبيع وليقرر ما يراه .

وقد واجه الفقه الإسلامي كلا من بيع التجربة وبيع المذاق بالبيع مع خيار الشرط (300 م - 309 من المجلة و 329 م - 338 من مرشد الحيران) . وذلك أن خيار الشرط أوسع من كل من بيع التجربة وبيع المذاق ، ومن ثم يكون هذان البيعان صورتين خاصتين من صور خيار الشرط . ولذلك فان التقنين العراقي ، حينما سار على نهج الفقه الإسلامي في هذا الصدد ، لم يقتصر على النصوص المتعلقة ببيع التجربة وبيع المذاق ، بل أورد إلى جانبها نصوصًا متعلقة بخيار الشرط (509 م - 513) . وفي الفقه الإسلامي أيضًا البيع على سوم الشراء (298 م من المجلة) والبيع على سوم النظر (299 م من المجلة) .

ولم يحدد الحنابلة مدة لخيار الشرط ، فيجوز عندهم لأية مدة معلومة وإن طالت . وحدد المالكية المدة بحسب نوع المبيع . فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة حملت على المدة المعتادة . والمالكية يعتبرون البيع مع خيار الشرط بيعًا معلقًا على شرط واقف ، فلا يجيزون للمشتري أن ينتفع بالمبيع في مدة الخيار إلا بقدر ما يحصل به اختبار حاله وتجربته فيما يراد له على الوجه المتعارف (م 82 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على =

الطرفان فلا يخلو حالهما :

أولًا : إذا اشترطا شيئًا في العقد وكان فيه غرض للمتعاقدين أو لأحدهما وانعدم الشرط فللمشتري الخيار في الرد والإمساك (وذلك في كل وصف فيه حق مالي) .

ثانيًا : إن وجد في المبيع عيب (نقص) عقارًا أو عروضًا أو عينًا ، فيشمل الثمن والمثمن ، وكان هذا العيب العادة السلامة منه - كمن يُعِشي (لا يبصر ليلًا) أو كعور ، أو دبر ، وعثر ، وحرن ، وضعف عن حمل معتاد - فترد بذلك ، ويقاس على هذه العيوب ما شابهها من كل عيب أدى لنقص في الثمن أو المثمن .

فإن كان العيب لا يطلع عليه إلا بعد تغيير المبيع من كسر أو نشر أو ذبح ، فلا رد به إلا لشرط أو عرف فيعمل بهما [1] .

فمتى فقد الشرط انعقد البيع ، وكان الخيار لمن اشترط الشرط لمصلحته .

بند [53] أهلية التعاقد الخاصة في البيع

القانون الفرنسي : لا يكفي في التعاقد في البيع أن يكون الطرفان أهلًا للتعاقد ، بل يجب أن يكونا أهلًا لاستعمال حقهما والتمتع به فعدم الأهلية في البيع ثلاثة أقسام :

أولًا : تحريم البيع بين الزوجين : القاعدة أن البيع ممنوع بين الزوجين ، وكان ذلك في القانون القديم وتبرير هذه القاعدة يرجع إلى ثلاثة أسباب :

1 - أن الهبة بين الزوجين جائزة ، ولكن يصح الرجوع فيها فخوفًا من تحايل الزوجين على عدم الرجوع في الهبة يلبسونها ثوب البيع ، والبيع لا يصح الرجوع فيه إلا برضى الطرفين ، فمنع القانون البيع بين الزوجين .

2 - حدد القانون ما يصح أن يعطى من أحد الزوجين للآخر حال الحياة وبعد الموت مادام هناك وارث آخر ، فإذا جاز البيع بين الزوجين أمكنهما إدخال أي ملك تحت هذا الستار لكي لا يطبق القانون المحدد للهبة أو الوصية ، فمنع المشرع البيع لهذا .

= مذهب الامام مالك) . أما الحنفية فيعتبرون هذا البيع معلقًا على شرط فاسخ (م 335 من مرشد الحيران) .

(1) ما وجب لوجود نقص في البيع عقارًا كان المبيع أو عرضا ، فيشمل الثمن العادة السلامة منه فله الرد به إن أخل بالذات ، أو الثمن ، أو التصرف العادي كغشاوة ، وعور ، وظفر ، وعرج ... الشرح الصغير (58/3 ومابعدها) .

3 - إذا كان البيع جائزًا بين الزوجين أمكن لكل منهما تهريب ما يملك تهربًا من دائنيه ، وكان من العسير تمييز حق كل منهما لاستيفاء دينه الخاص ، فإن حصل بيع بين الزوجين فهو باطل بطلانًا خاصًا أو بطلانًا عامًّا وهو الراجح ، ويترتب على كل واحد منهما نتائجه القانونية . ويستثنى من هذه القاعدة ثلاثة مواضع يجوز فيها البيع بين الزوجين :

(1) - تنظيم حقوق الزوجين في حالة التفرقة المالية : متى تفرق الزوجان ماليًّا وكان أعطى أحدهما للآخر شيئًا مع دفع حقوقه كان هذا صحيحًا .

(2) - ما أعطاه الزوج لزوجته مدة الزوجية لسبب شرعي كاستعماله عقارًا مملوكًا لها خاصًّا على أن يعوضها عن فائدته .

وتحويل دين الزوج إلى الزوجة مع الدفع غير صحيح إلا بشروط ثلاثة :

1 - متى تدخلت الزوجة ودفعت دينًا كان موجودًا قبل الزواج .

2 - متى كان في الإمكان سداد الدين في مدة الزواج .

3 - متى كان الدين حالًّا واجب السداد في مدة الزواج .

(3) - تنازل الزوجة لزوجها لكي تدفع مهرها : متى شرطت الزوجة دفع مبلغ من المال مهرًا لها ولم تتمكن من ذلك جاز لها إعطاء زوجها شيئًا من أملاكها نظير ذلك ، وهو كبيع صحيح .

ثانيًا : منع المشتري من بعض الوكلاء : منع القانون بعض الأشخاص المكلفين ببيع الأملاك بالمزاد العلني مشتري نفس هذه الأشياء لنفسه في المزاد ؛ لأنه سيكون بين مراعاة مصلحته الشخصية وواجبه كوكيل في البيع . والأشخاص الممنوعون هم :

(1) الأوصياء والمشرفون في أملاك المشمولين بالوصاية عليهم .

(2) الوكلاء لبيع الأملاك ، لا الوكلاء في إدارة هذه الأملاك .

(3) مديرو الأملاك العامة والمنشآت للمصلحة العامة في الأملاك الخاصة بهذه الأشخاص المعنوية .

(4) الموظفون العموميون المعهود إليهم ببيع أملاك عامة بمقتضى وظيفتهم .

وحكم هذا البيع الممنوع لو تم بطلانه بطلانًا خاصًّا أو عامًّا يدعيه كل من له

مصلحة ، خلاف ، والراجح الأخير .

ويستثنى من هذا المنع ما يأتي :

1 - الوارث المستفيد : يمكنه أن يكون مزايدًا في ملك مشاع معروض للبيع من أعيان التركة ، ولو أنه معتبر نائبًا عن دائني التركة في التصفية .

2 - الوصي الذي له مصلحة شخصية في المزاد يمكنه أن يكون مزايدًا ، كالشريك للمتوفى في عقار لا يقبل القسمة فيباع ، أوله رهن على عين ملك القاصر .

ثالثًا : منع الشراء لبعض القضاة والموظفين العموميين : حرم القانون على بعض الموظفين القضائيين بالمحاكم مشترى أشياء تكون محل التقاضي في دائرة المحكمة التي يعملون بها لعدم تمكينهم من استعمال سلطتهم في الشراء بثمن بخس . وهؤلاء هم :

1 - القضاة ومساعدوهم : ويشمل كل القضاة من قاضي الصلح إلى مستشار في محكمة النقض .

2 - ممثلو النائب العام ، ومسجل العقود ، ومحضّر الدعاوي ، وكتاب المحكمة ، والمحامون العموميون .

والمنع يشمل دائرة اختصاص المحكمة التي يعملون فيها .

فإن تم البيع فهو باطل بطلانًا عامًّا مطلقًا .

رابعًا : في الشيء الذي يجوز بيعه : الشيء الذي يباع ركن أساسي في البيع ، فيجب أن يكون موجودًا وقت انعقاد البيع ، فلو تلف لا ينعقد البيع ، ولو تلف بعضه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بما يساويه من الثمن ، وإن شاء ترك .

الأشياء التي يمكن بيعها : القاعدة العامة أنه يجوز بيع كل شيء قابل للملكية الخاصة . ويستثنى من ذلك :

(1) الحقوق غير القابلة للانقطاع كحق الاستعمال أو السكنى ، تذكرة الإياب بالسكة الحديد ، الأجر الصغير للعمال ، وما يعطى لمتعلمي الحرف والصنائع ، ومرتبات الموظفين فيما زاد عن $\frac{1}{10}$.

(2) الميراث الذي لم يكن قد استحق .

(3) الحيوانات المصابة بأمراض معدية .

(4) الأرانب الجبلية ما دام موسم الصيد لم يفتح رسميًا .

(5) ملك الغير .

بيع ملك الغير : بيع ملك الغير كان جائزًا في القانون الروماني ؛ لأن البيع فيه ليس نقلًا للملكية [1] ، بل هو تعهد من البائع بنقل وضع اليد وما ينتج عن الملكية إلى المشتري ، ويمكنه أن يتحصل على الشيء المبيع ، ثم يسلمه للمشتري . ولكن في القانون المدني الفرنسي جعل هذا البيع باطلًا ؛ لأن البيع فهم على أنه تمليك للعين المبيعة ، وبائع ملك الغير لا يملكه فلا يمكنه أن يملكه للغير فكان باطلًا ، وهذه القاعدة تطبق على بيع الشيء المحدد الجسماني . وأما بيع الشيء بجنسه ، فلا يتم البيع إلا بالعد أو بالوزن أو المقاس ، وكذا التعهد بمشتري ملك الغير وبيعه للشخص المتعاقد فهو جائز على هذا النحو . وبيع ملك الغير باطل [بطلانًا نسبيًا] يعني يمكن إلغاؤه ، أو باطل بطلانًا عامًا أو باطل بطلانًا خاصًا خلاف والراجح الأخير . وحق الإلغاء حسب طبيعة الإلغاء يكون مختلفًا هل لكل من له صالح ، أو للبائع والمشتري أو للمالك .

ويتبع بيع ملك الغير ضمان البائع للمشتري التعويض الكافي لهذا التغرير إذا كان المشتري حسن النية ، علاوة على رد الثمن متى أخذ الغير العين المبيعة . فإذا كان سيئ النية فليس له إلا الثمن . أما مالك الشيء المبيع فلا يرفع دعوى بطلان البيع ، ولكن يرفع دعوى استرداد فلا يعود عليه أي ضرر من هذا البيع .

وإلغاء البيع يختفي بمرور عشرة أعوام من تاريخ علم المشتري بأن الذي باع له لا يملك المبيع . وكذا إذا تملك البائع ما باعه قبل تملكه صح البيع ، وكذا إذا صدق المالك الحقيقي على صحة بيع الفضولي .

الثمن : الثمن عامل أساسي في البيع : فالثمن والعين المبيعة لا ينعقد البيع بدونهما ، والثمن أساس التزام المشتري ، فإذا انعدم الثمن كان التزام البائع بلا سبب ، فلا يوجد العقد .

صفات الثمن :

1 - يجب أن يكون الثمن مبلغًا من المال ، فإن كان شيئًا آخر غير المال فهو مبادلة .

2 - يجب أن يكون الثمن محددًا معلومًا للطرفين . ويجوز ترك تحديده

---

(1) لاحظ أساس الاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني في بيع ملك الغير .

لشخص ثالث .

3 – يجب أن يكون الثمن حقيقيًا ، فلو كان الثمن اسميًا فقط كانت هبة ، ولا ينعقد بيعًا .

4 – يجب أن يكون ثَمَنَ المثل لا ثمنًا بخسا ، فإن كان الثمن المتفق عليه أقل من $\frac{7}{12}$ من الثمن الحقيقي كان هذا سببًا في فسخ العقد .

النفقات التابعة للثمن وهي نفقات البيع من توقيع ، ونقل تكليف ، وأجرة المسجل والكاتب يتحملها المشتري . وأما تطهير العقار من الرهن فعلى البائع إلا إذا اشترطا ما يخالف ذلك في الموضعين [1] .

بند [54] أهلية التعاقد في البيع

التشريع الإسلامي : يكفي في صحة التعاقد في البيع أهلية الطرفين للتعاقد بأن يكونا مميزين ، إذا كُلمًا بشيء من مقاصد العقلاء فهماه وأحسنا الجواب عنه ؛ فالصغير غير المميز لإغماء ، أو جنون ، أو سكر بحلال ، أو سكر عن جهل لا يلزمهم التعاقد ، ولا يصح منهم اتفاقًا [2] . وفي السكران بحرام تردد هل يلزمه ما تعاقد عليه تغليظًا وزجرًا له أو لا يلزمه ؛ لأنه فاقد التمييز وإن كان أدخله على نفسه .

وأما السكران الذي عنده نوع تمييز فبيعه صحيح قطعًا ، لكنه لا يلزم كسائر العقود والإقرارات ، بخلاف الطلاق والعتق والحدود [3] والجنايات فتلزمه .

---

(1) انظر : البنود من 1594 إلى 1597 في الباب الثاني ، من الكتاب السادس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 54 – 55 .

(2) اتفق الفقهاء على أن الصغير غير المميز والمعتوه غير المميز والمجنون فاقدو الأهلية ؛ فلا تصح عباراتهم ولا تنشأ بها العقود . واختلفوا في الصغير والمعتوه المميزين ، ومذهب الأحناف أن عبارتهما صالحة لإنشاء العقود ، إذا كانت نافعة نفعا محضا كقبول الهدايا ، وغير صالحة لإنشاء العقود الضارة بهما ضررًا محضًا ، كالتبرع ، ومتوقفة على إذن وليهما في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة وسائر عقود المعاوضات . وقد تناولت المادة 111 مدني مصري حكم التصرفات المالية النافعة للصغير المميز والضارة به والمترددة بين النفع والضرر طبقا لما أخذ به فقهاء المذهب الحنفي . وهو ما وردت به كذلك المادة 967 من المجلة العدلية والمادتان 270 ، 271 من مرشد الحيران .

(3) يقول الدردير : « وشرط صحة عقد العاقد تمييز فلا يصح من غير مميز لصغر أو جنون ، أو إغماء وسكر ليس بحرام وكذا بحرام » . الشرح الصغير جـ 3 ص 2 .

وشروط لزوم البيع : كون الطرفين مكلفين شرعًا ، وكونهما راشدين ، وكونهما طائعين ، وكونهما يملكان ما تعاقدا عليه ، أو كون البائع وكيلًا عن الغير أو المشتري وكيلًا في الشراء . فإذا تخلف شرط من هذه الشروط كان البيع صحيحًا ولكنه غير لازم [1] .

فإن أجبر البائع على البيع جبرًا حرامًا صح بيعه ، ولا يلزمه ووجب رد ما باعه عليه . ولا يقيده تداول ملاك ، ولا عتق ، ولا هبة ، ولا إيلاد بل يرد عليه ما أجبر على بيعه ، أو على سبب بيعه [2] .

وقيل : إذا أكره على سبب البيع (وهو طلب مال ظلمًا ، ولو لم يجبر على البيع) ، فباع كان البيع لازمًا للمصلحة ، وهي الرفق بالمسجون لئلا يتباعد الناس عن الشراء فيهلك المظلوم ، وقد اختاره المتأخرون وجرى العمل عليه بفاس [3] .

وأما الجبر الحلال ، كبيع البيت لتوسعة المسجد ، أو الطريق ، أو المقبرة ، أو لوفاء دين ، أو نفقة زوجة أو أقارب ، أو لوفاء ما عليه من الخراج الحق فهو جائز ، وصحيح ولازم .

البيع بين الزوجين :

البيع بين الزوجين جائز كالبيع لأي شخص آخر أو المشتري من أي شخص آخر ، حيث إن الزواج في التشريع الإسلامي مبني على التفرقة التامة من جميع الوجوه بين أملاك الزوجين ، فالزوج بالنسبة لأملاك زوجته أجنبي ، والزوجة بالنسبة لأملاك زوجها أجنبية في البيع والشراء لا في الإنفاق ، وشراء لوازم المعيشة

---

(1) شروط لزوم البيع تكليف ، فلا يلزم صبيًّا مميزًا ، وإن صح ما لم يكن وكيلا عن مكلف ، وإلا لزم لأن البيع في الحقيقية من الموكل ، وعدم حجر فلا يلزم المحجور لسفه ، أو رق إلا بإذن الولي ، وعدم إكراه فلا يلزم المكره عليه . الشرح الصغير (3/3) .

(2) إن أجبر العاقد على البيع أو على سببه جبرا حراما أي ليس بحق فيصح ، ولا يلزم ، ورد المبيع على البائع إذا لم يمضه ، ولا يفوت عليه ببيع ، ولا هبة ، ولا عتق ، ولا إيلاد بلا ثمن يغرمه للمشتري . الشرح الصغير (3/3) .

(3) فاس : مدينة مشهورة كبيرة في المغرب ، وهي حاضرة البحر وأجلّ مدنه قبل أن تختط مراكش ، وقد نُسِبَ إليها جماعة من أهل العلم ، منهم : أبو عمر عمران بن موسى بن عيسى بن نجح الفاسي فقيه أهل القيروان في وقته . انظر : معجم البلدان 261/4 ، 262 . والعمل الفاسيّ هو ما جرى عليه عرف الناس في هذا البلد ، وتتابعت عليه أحكام قضاته ، مما قد يختلف مع الرأي الراجح المشهور في المذهب المالكي . وقد جمع قضايا العمل الفاسيّ وأحكامه الونشريسي في المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب ، ونشرته وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية للمملكة المغربية عام 1401 هـ – 1981 م .

الزوجية فلها ذلك بالمعروف ، وذلك لازم للزوج بمقتضى عقد الزواج ، فلا داعي للمقارنة في هذا الفصل لعدم وجود أساسه وهو الشركة في الأموال .

مشتري الوكيل والأب والوصي والحاكم لأنفسهم :

مُنِعَ شرعًا بيع الوكيل لنفسه ما وكل على بيعه سواء كان وكيلًا عامًّا ، كقاضي البيوع أو وكيلًا خاصًّا كأي شخص . ويلحق بالوكيل العام من اتصل به من عمال وكتبة ، ومحضرين ، وموظفين ، فيمنع المشْتَرَى لنفسه ، ولو سمى الموكل للوكيل الثمن لاحتمال الرغبة فيه بأزيد مالم يكن بعد تناهي الرغبات فيه ، أو لم يأذن له ربه في البيع لنفسه وإلا جاز . كما يمنع البيع لصغير الوكيل أو سفيهه ؛ لأنه من قبيل البيع لنفسه . وكذا يمنع البيع لشريكه بمال الشركة ، بخلاف زوجة الوكيل أو ولده الرشيد فلا يمنع لاستقلالهم بشئونهم إن لم يحاب لهما . فإن حابى مُنع ، ومضى البيع وغرم الوكيل ما حابى به ، والعبرة بالمحاباة وقت البيع .

بيع الأب :

تصرف الأب في مال ولده يحمل على غير السداد حتى يثبت خلافه إذا باع متاع ولده لنفسه . وإن باعه للغير حمل على السداد والنظر اتفاقًا حتى يثبت خلافه . ولا اعتراض للولد بعد رشده ، وإن باع لنفسه وتحقق ذلك فسخ ، كما إذا حابى به غيره فيرد مع القيام ويغرم قيمته مع الفوات .

بيع الوصي والحاكم :

لا يبيع الوصي والحاكم بالقيمة بخلاف الأب فله ذلك ، ولا يبيع لنفسه ، ويبيع ما دعت الضرورة لبيعه من مال اليتيم بثبوت يتمه وإهماله وملكه لما بيع ، وأنه الأولى مع تحديده ووصفه وعدم وجود زائد على الثمن ، والسداد في الثمن . وهذه شروط صحة البيع [1] .

وإنما يباع عقار الصغير ، أو غير ذى الأهل لحاجة ، أو غبطة ، أو للتخلص من

---

(1) يقول ابن رشد : « أما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة : أحدها إذا وكل على بيع شيء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه ؟ فقال : مالك « يجوز » وقيل عنه : لا يجوز . وقال الشافعي : « لا يجوز » .بداية المجتهد جـ 2 ص 303 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 208 ، 209 .

حكر ، أو لكونه حصة أو قلت غلته ، أو بين جيران سوء أو لخراب ولا مال للتعمير .

وحكم البيع البطلان ؛ لأن المنع للمصلحة العامة فليس بطلانًا خاصًا ، فيصبح لكل إنسان طلب بطلانه .

الشيء الذي يجوز بيعه : من أركان البيع وجود مبيع ، فلا توجد حقيقة البيع بدون وجوده إذا لم يكن البيع مؤجلًا كالسلم ، فإن كان بتا وتلف المبيع المعين بيعًا صحيحًا وقت ضمان البائع بسماوي بطل البيع ، فلا يلزم البائع الإتيان بمثله بخلاف الموصوف في الذمة كالسلم فيلزم الإتيان بمثله .

فإن تلف بعض المبيع المعين وقت ضمان البائع أو استحقاقه ، كعيب به فينظر في الباقي بعد التلف أو الاستحقاق ، فإن كان النصف فأكثر لزم الباقي بحصته من الثمن إن تعدد المبيع ، وكان قائمًا فإن اتحد أو فات خُيِّرَ المشتري ، وإن كان الباقي أقل من النصف تعين الفسخ إلا المثلي فيخير فيهما مطلقا ، وخير مشتر بين فسخ وإمساك بالقيمة ، أو بالمثل إن غيب بائع المبيع وادعى ضياعه ولا بينة ، ولم يصدقه المشتري ، أو عيبه ، أو استحق بعض شائع وإن قل [1] .

وإتلاف المشتري للمبيع قبض وإتلاف الأجنبي والبائع يوجب الضمان كتعييبه .

ومن اشترى شيئًا فاستحق من يده رجع المشتري المستحق منه ذلك الشيء بالثمن الذي خرج من يده على بائعه . فإن كان عرضًا معينًا رجع به أو بقيمته إن فات ، وإن كان عرضا غير معين فليس فيه الرجوع إلا بالمثل .

والقاعدة العامة أن كل شيء طاهر منتفع به مباح مقدور على تسليمه [2] غير منهي عنه ، وغير مجهول للطرفين يجوز بيعه شرعًا [3] . وأما حق الاستعمال الشخصي أو حق السكنى فلا يجوز بيعه [4] ؛ لأنه مقصور على ذات المستعمل ، فلا يورث عنه ، ولا يؤجر ولا يباع ، فهو حق انتفاع وليس حق منفعة ، وفَرْقٌ

(1) وخير مشترٍ بَين فسخ البيع ، والتماسك به فيرجع على البائع بقيمة المقوم ، أو مثل المثلي إن غيب بائع المبيع وادعى ضياعه ، ولا بينة ، ولم يصدقه المشتري .. الشرح الصغير (79/3) .

(2) قاعدة : كل شيء طاهر منتفع به مباح مقدور على تسليمه غير منهي عنه ، غير مجهول للطرفين يجوز بيعه شرعًا .

(3) هذه هي شروط صحة المعقود عليه (طهارة ، وانتفاع به شرعًا ، وعدم نهي ، وقدرة على تسليمه ، وعدم جهل به . الشرح الصغير (4/3) .

(4) قاعدة : حق الاستعمال الشخصي أو حق السكنى لا يجوز بيعه .

بينهما كما يعلم بالرجوع إلى العارية .

وأجر تذكرة الإياب بالسكة الحديد لا يستعملها شرعًا إلا الذي ذهب بها أولًا ؛ لأن التخفيض فيها ملحوظ فيه الذهاب أولًا ، ودفع الأجر ، وليس المراد أي شخص آخر غير الذي ذهب بها فهو الذي يعود بهذا الامتياز الشخصي ، وهو الذي ينتفع به دون غيره ، فلو باعها لغيره لربح الفرق بين تذكرة السفر للذهاب وتذكرة السفر للإياب على أنه قد استعمل هذا الامتياز في الذهاب أيضًا فلا يجوز .

الأجرة الصغيرة للعمال : وما يعطى لمتعلمي الحرف ، والصنائع ، ومهايا الموظفين كل هذا لا يصح بيعه ؛ لأنه لا ينطبق عليه تعريف البيع إن كان مبيعًا ؛ لأن الأجر عملة مصكوكة ، وقد يكون الثمن كذلك فهو أقرب إلى الصرف منه إلى البيع . على أنه يشترط أن يكون المبيع مملوكًا للبائع ، وما دام لم يستحق الأجر فلا يملكه البائع .

وكذا لا يجوز بيع حصة الميراث قبل استحقاقه ، وكذا الحيوانات المصابة في حالة النزع وهي لا تؤكل ، فإن جاز أكلها صح بيعها . وصح بيع الميتة إذا كانت تراد لتكون سمادًا للزرع ، ففيها خلاف راجع خليل عند قوله : (وشرط للمعقود عليه طهارة) ، وبيع الأرانب الجبلية قبل صيدها لا يجوز ؛ لأنه بيع ما لا يقدر على تسليمه [1] .

بيع ملك الغير : لا يجوز بيع ملك الغير ، وعزِّر فاعله احترامًا لأملاك الناس ، وزجرا لأمثاله . فإن وقع البيع من الغير (وهو المعروف ببيع الفضولي) ، فيوقف نفاذ البيع على رضاء مالكه علم المشتري ، أو جهل كون البائع فضوليًا [2] ، فالبيع لازم من

---

(1) يقول الحطاب : « وشرط المعقود عليه طهارة » . مواهب الجليل جـ 4 ص 258 الشرح الصغير جـ 4 ص 4 . ويشترط في المبيع فيما نص عليه الفقهاء كذلك أن يكون موجودا عند العقد ، وأن يكون مالا مملوكا لمن يلي العقد ، مقدور التسليم ، ومعلوما لكل من العاقدين . انظر حاشية ابن عابدين 100/4 وبدائع الصنائع 149/5 وحاشية الدسوقي 10/3 وشرح منتهى الإرادات 142/2 والفروق 240/3 ومغني المحتاج 11/2 .

(2) تناولت المادة 466 و 467 و 468 من القانون المدني المصري حكم بيع ملك الغير ، وأخذت هذه المواد بأن مثل هذا البيع صحيح ، وإن جاز لكل من المالك والمشتري المطالبة بإبطاله . ويأخذ الفقه الإسلامي بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة القابلية للبطلان طبقا لما أشير إليه من قبل . وقد اختلف الفقهاء في حكم بيع الفضولي ، فذهب الشافعي في الجديد والحنابلة إلى أن بيع الفضولي باطل وإن أجازه المالك . ومذهب المالكية والحنفية والشافعي في القديم أن عقد الفضولي صحيح موقوف على إذن المالك ورأيه لحديث عروة بن الجعد البارقي « أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا ليشتري به شاة ، فاشترى به شاتين ، فباع إحداهما بدينار ، ثم عاد بالدينار والشاة ، فدعا له بالبركة في بيعه » . انظر : بدائع الصنائع 149/5 ، وحاشية الدسوقي 12/3 والمغني لابن قدامة 16/4 وكشاف القناع 157/3 .

جهة المشتري منحل من جهة المالك ، فإن أجازه المالك لزم وطولب الفضولي بالثمن فقط ؛ لأنه أصبح وكيلًا للمالك ، فإن كان المالك حاضرًا البيع وسكت كان البيع لازمًا من جهته أيضًا . وكذا لو بلغه البيع فسكت سنة ولا عذر بجهل في السكوت . فإن مضى عام وهو ساكت سقط حقه في الثمن إن كان البيع بحضرته ، فإن كان البيع في غيبته سقط حقه بعد مضي مدة الحيازة عشر سنوات [1] .

ومتى ألغي بيع الفضولي بطلب المالك فللمشتري الغلة إن اعتقد أن البائع مالك لما بيع ، أو لا علم عنده بشيء أو علم أنه غير مالك لكن قامت شبهة تنفي عنه العداء ، كأن يكون من ناحية المالك ، ويتعاطى أموره فيظن أن المالك وكله في البيع ، وإلا فالغلة للمالك متى رد المبيع .

والبيع في التشريع الإسلامي تمليك للعين المبيعة ينعقد بالإيجاب والقبول ، ويوقف على رضاء المالك الحقيقي ، فهو باطل بطلانًا خاصًا يعني ينقلب صحيحًا متى أجازه المالك ، وهذا هو التشريع الوضعي الفرنسي نصًّا بنص ؛ ولذلك ذكر الخلاف في وصف البطلان ، ثم قال : (أو باطل بطلانًا خاصًّا وهو الراجح) .

وليس في نقض بيع الفضولي تعويض مالي . وإنما يرجع المشتري على البائع بالثمن، ثم يؤدبه الحاكم بما يرى . وللمالك نقض بيع الفضولي إن لم يفت المبيع بذهاب عينه فقط ، فإن فات كان على الفضولي الأكثر من ثمنه وقيمته غاصبًا أو لا .

إلغاء بيع الفضولي حق لمالك العين المبيعة ، ولكن لا يرفع دعوى إلغاء ، وإنما يستردها من يد المشتري من الفضولي . فإن سكت بعد علمه مدة عام سقط حقه في الإلغاء متى كان المبيع عروضًا . فإن كان عقارًا فلا يسقط حق استرداده إلا بمضي مدة الحيازة وهي عشرة أعوام بشروطها .

وقد حصل خلاف بين علماء المالكية في المدة الطويلة التي لا يفسخ فيها بيع الفضولي هل ترجع لمدة الحيازة فيفرق بين المنقول والعقار والأجنبي والقريب ، أو أن المدة الطويلة عام بعد علمه في كل الأحوال فله الأكثر من الثمن أو من القيمة ، أو ما لم

---

(1) جاء في الشرح الصغير قوله : « وصح بيع غير المالك للسلعة وهو المسمى بالفضولي ، ولو علم المشتري أن البائع لا يملك المتاع ، وهو لازم من جهته منحل من جهة المالك ، ووقف البيع على رضاه مالم يقع البيع بحضرته ، وهو ساكت ، فيكون لازما من جهته أيضًا ، وصار الفضولي كالوكيل . الشرح الصغير (5/3) وهذا هو مذهب المالكية كما سبق .

يمض ثلاثة أعوام من البيع وإلا سقط حقه . والأولى الرجوع لنظر قاضي الموضوع ، فإن رأى السنة طولًا عمل بها ، وإن رأى غيره عمل به حسب العرف ؛ لأن مبنى التشريع على العرف والعادة الصحيحة التي لم تخالف كتابًا ، ولا سنة ، ولا إجماعًا .

وعلم المشتري بأن بائعه فضولي يقتضي عدم تملك المبيع ولو طال الزمن فيعتبر غاصبًا ، ويصح بيع الفضولي متى تملك ما باعه أو صادق المالكُ على البيع ، فالتشريع الوضعي عمل بهذا .

الثمن : الثمن ركن من أركان البيع ، فلا يتحقق البيع بدون الثمن فإن عُدم فهو هبة ، ويشترط في الثمن زيادة على ما سبق أن يكون معلومًا وقت التعاقد ، فإن كان مجهولًا كبعتك بما يظهر من السعر بين الناس اليوم أو غدًا فلا يصح البيع ، وهذا من قبيل بيع الغرر الفاسد ، كبيعها كذلك بقيمتها التي ستظهر في السوق ، أو ما يقوله أهل الخبرة للجهل بالعوض ، أو على حكم زيد أو على رضاه (يعني العقد بتًّا والثمن موكول على حكمه) [1] .

وأما بيع الصبرة (الكوم) المجهولة القدر كل صاع بكذا فهو بيع صحيح ، فعلم الجملة والتفصيل يصح ، وجهلهما يبطل (إلا بيع الجزاف بشروطه وقد سبق بيانه) وجهل الجملة فقط مع العلم بالتفصيل يصح ، وجهل التفصيل مع العلم بالجملة يصح .

ويصح أن يكون الثمن في البيع عقارًا أو منقولًا ؛ لأن البيع أعم من البدل كبيع منزل بثلاثة خيول مثلًا ، فإن أردنا البيع بالمعنى الأخص خرج البدل ، وتعين أن يكون الثمن نقدًا ، وعلى كل حال فتسمية البدل بيعًا تجاوز عن معنى البيع الخاص .

---

(1) أوجبت المادة 479 مدني أردني تحديد الثمن وتعيينه عند البيع ، وذلك بمشاهدته والإشارة إليه إن كان حاضرا ، أو ببيان مقداره وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضرا ، أو بمجرد اتفاق العاقدين على أسس صالحة لتحديد هذا الثمن عند التنفيذ . وطبقا لذلك يجوز الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق ، أو السعر الجاري في التعامل بينهما أو في التعامل التجاري (مادة 423 مدني مصري) وعلى الرغم من أن المنصوص عليه في الفقه الإسلامي هو وجوب تعيين الثمن حين التعاقد فإن قبول بيع المسترسل الذي لا دراية له بسعر السوق وتركه السعر للطرف الآخر يدل على أن الفقه الإسلامي ينبغي أن لا يعارض في صحة تحديد الثمن بالاتفاق على أسس صالحة لتحديده فيما بعد ، شريطة ألا يفضي مثل هذا الاتفاق إلى المنازعة . وهو ما قبلت به المادة 388 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية . انظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري 175/2 وما بعدها ، وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 125 .

أما كون الثمن حقيقيًا لا اسميًا فهذا مرجعه للطرفين ، فلو أمكن صاحب المنفعة إثبات أن هذا البيع صوري بلا ثمن صح فسخه؛ لأنه ألحق به ضررًا كدائن مثلًا أو وارث [1] .

الغبن في الثمن : الغبن في الثمن لا رد فيه متى حصل بين عارفين أو خالف العادة ، فإن استسلم أحد المتبايعين لصاحبه وأخبره بجهله بالثمن أو المثمن وطلب منه أن يبيعه كما يبيع الناس فقال البائع : « هي في العرف بعشرة فاشتر مني بالعشرة » ، أو يقول البائع : « أنا لا أعرف قيمتها فاشتر مني كما تشتري من الناس » ، فيقول : « هي في عرفهم بعشرة » ، فإذا هي بأكثر في الموضوعين أو أقل في الموضعين ، فللمغبون الرد بالاتفاق .

فإن كان المغبون جاهلًا ولم يستسلم للآخر ففي رده خلاف .

قال ابن القصار [2] : إنه يجب الرد بالغبن إن كان أكثر من الثلث $\frac{4}{12}$. وقال المتيطي [3] : وبه أفتى ابن عرفة [4] والمازني [5] والبرزلي [6] إن زاد المشتري المبيع على قيمة الثلث فأكثر فسخ البيع ، وكذا إن باع لنقصان الثلث من قيمته ، فأعلى

---

(1) راجع مثلا مواهب الجليل جـ 4 ص 270 عن أحكام بيع الفضولي ، والشرح الصغير جـ 3 ص 5 ، 6 .

(2) علي بن عمر بن أحمد البغدادي بن القصار . حدث عن علي بن الفضل الستوري وغيره ، روى عنه : أبو ذر الحافظ ، وأبو الحسين بن المهتدي بالله ، وكان من كبار تلامذة القاضي أبي بكر الأبهري . قال القاضي عياض : كان أصوليًا نظارًا ، توفي سنة 397 هـ . انظر : سير أعلام النبلاء 58/13 ، 59 ، تاريخ بغداد 41/12 ، شذرات الذهب 149/3 .

(3) هو علي بن عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ، يعرف بالمتيطي السبتي الفارسي ، أبو الحسن ، فقيه محقق مطلع ، عارف بالشروط ، وتحرير النوازل ، لازم بفاس ، ألف كتابًا كبيرًا في الوثائق سماه « النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام توفي سنة 570 . شجرة النور الزكية ص 163 .

(4) هو محمد بن محمد بن عرفة أبو عبد الله الورغمي التونسي المالكي ، إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره توفي سنة 803 هـ . من مؤلفاته المختصر الشامل – المبسوط . انظر الأعلام 43/7 .

(5) هو أبو الغنائم المسلم بن أحمد بن علي بن أحمد المازني النصيبي ثم الدمشقي ، ويعرف في وقته بخطيب الكتان ، ولد سنة ثمان وثلاثين وخمسمائة . وسمع من عبد الرحمن بن أبي الحسن الداراني الصائن هبة الله وأخيه الحافظ أبي القاسم . وحدث عنه البرزالي ، والضياء ، والقوصي . وغيرهم . وتوفي سنة 631 هـ . ترجمته :

- الذهبي في « العبر » 126/5 .
- الذهبي في « السير » 291/16 .

(6) هو أبو القاسم بن أحمد البرزلي البلوي القيرواني ثم التونسي ، مفتيها وفقيهها وحافظها وإمامها بالجامع الأعظم بعد الإمام الغبريني . له فتاوى كثيرة في فنون من العلم ، توفي سنة 841 أو سنة 843 أو 844 وعمره 103 سنة . شجرة النور الزكية ص 245 رقم 879 .

إذا كان جاهلًا بما صنع وقام قبل مجاوزة العام .

فالتشريع الإسلامي في هذه النقطة أدق وأحوط ؛ لأنه جعل الغبن مغفورًا في أقل من الثلث ، والتشريع الوضعي جعل الغبن مغفورًا لأزيد من النصف $\frac{7}{12}$.

نفقات استحضار مستندات الملكية وتوقيع البائع هي على البائع ، ونفقات العقد ورسم التسجيل وتوقيع المشتري والشهود على حساب المشتري إلا لعرف أو شرط فيعمل به [1] .

بند [55] واجبات البائع

القانون الفرنسي : أوجب القانون في تفسير العقود أن تكون لمصلحة المشتري ، فيجب على البائع تحديد التزاماته تحديدًا بينًا واضحًا لا لبس فيه ، فيجب على البائع أربعة أشياء :

أولًا : نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري . وهذا أول واجب على البائع للمشتري .

ثانيًا : تسليم المبيع . وهو وضع الشيء المبيع وقت انعقاد البيع تحت تصرف المشتري ، وتمتعه ووضع يده عليه . ونفقات التسليم على البائع ونفقات النقل على المشتري .

ثالثًا : ومكان التسليم هو مكان وجود الشيء المبيع وقت انعقاد البيع إلا لشرط آخر .

فإن لم يدفع المشتري الثمن الحال جاز للبائع حجز المبيع تحت يده حتى يدفع الثمن ، فلو كان الثمن لأجل جاز بحكم قضائي ، أو توقف عن الدفع فالبائع أحق بسلعته ليستوفي منها باقي الثمن .

فإن امتنع البائع عن تسليم العين المبيعة في الوقت المحدد بغير حق جاز للمشتري : إما إجباره قانونًا على التسليم ، وإما حل البيع وطلب التعويض في كلتا الحالتين .

رابعًا : والتسليم للشيء المبيع وما يتبعه مما يكون وجوده ضروريًا في الاستعمال عادة كما يسلم حسب حالة وقت العقد ، وبعد مضي هذا الوقت فجميع مصاريفه على المشتري .

---

(1) يقول ابن رشد : « الغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه ، إما من جهة الجهل بتعين المعقود عليه ، أو تعين العقد ، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمن المبيع أو بقدره » بداية المجتهد جـ 2 ص 148 .

الخطأ الذي يشمل بيع الأرض (خطأ المساحة) :

(1) **بيع الأرض مع بيان المساحة :** في هذه الحالة قدر القانون أن الطرفين جعلا للمساحة المنزلة الأولى في المبيع ، بمعنى أن المساحة المسماة في العقد هي الواجب تسليمها ، فإن وجدت أقل فعلى البائع بنسبة الثمن ، وإن وجدت أكثر فعلى المشتري ، غير أن المشتري في هذه الحالة مخير بين نقض البيع ، أو قبوله متى كانت الزيادة $\frac{1}{20}$ فأكثر .

(2) **بيع الأرض مع عدم بيان المساحة :** في حالة بيع شيء محدد أو بيع شيء منفصل من أصل أو 100 متر وما يقرب من هذا ، فلم يقصد الطرفان المساحة ، ففي هذه الحالة إن ظهر عجز أو زيادة فلا نقص ولا زيادة في الثمن إلا إذا كان العجز أو الزيادة عن المدون في العقد $\frac{1}{20}$ فيحسب ما يخصها في الثمن ، وحينئذ فللمشتري الحق في عدم قبول البيع ، وله الثمن وما أنفقه لعمل العقد .

دعوى طلب الثمن في الزيادة أو حط الثمن في النقص ، أو نقض البيع عند زيادة $\frac{1}{20}$ من المساحة ترفع في مدة سنة من تاريخ العقد .

ضمان البائع لعدم المعارضة وعدم نزع ملكية المبيع :

وهو أن يضمن البائع إلى المشتري عدم معارضة أحد له في الملكية ، ولا في وضع اليد باستمرار ؛ والمعارضة قسمان :

(1) **معارضة في الحق :** وتتكون من معارضة الغير مدعيًا استعمال حق له طبيعته تنقص حقوق المشتري على العين المبيعة ، كدعوى الملكية ، أو حق عيني له على العين ، أو يعارض في حقوق هذه العين كحق الارتفاق إلخ .

(2) **معارضة فعلية :** وتتكون من كل فعل يضر عمليًا بالمشتري بدون ادعاء أن له حقًّا في ذلك .

وعدم نزع الملكية يتكون من حرمان من حق ناتج عن حكم قضائي ، وينتج عمليًا عن ضمان المشتري للبائع ثلاثة أشياء :

أولًا : ضمان العمل الشخصي : ومادة هذا الالتزام أن البائع نفسه لا يمكنه أن يعارض المشتري في وضع يده على الشيء المبيع ، فلو فعل عارضه المشتري بالضمان اتباعًا للقاعدة (من يلزمه الضمان لا يمكنه نزع الملكية) ، وكذا لا يمكنه أن يعمل

أي فعل يلحق ضررًا بالمشتري ، وهذا الضمان لا يتجزأ حتى ولا من ورثة البائع .

ثانيًا : ضمان التعرض للمشتري الحاصل من الغير : ومادة هذا الالتزام تتكون من أن الغير إذا تعرض للمشتري في وضع يده أو في الملكية وجب على البائع التعرض للدفاع عنه ، ولا يمتد هذا الضمان إلا في المعارضة في الحق دون المعارضة في الفعل .

والذي يضمنه البائع ما كان سببه سابقًا على البيع ، ويتكون من عدم وجود حق أو عدم كفاية الأدلة عند البائع وذلك في التعرض في الحق فقط .

وللمشتري أحد طريقين عند رفع دعوى ضده تمس حقوقه في العين المشتراة ، إما إعلان البائع للحضور في الدعوى المرفوعة ضده ، وإما السير منفردًا ثم الرجوع عليه بما يحكم به عليه .

ثالثًا : ضمان نزع الملكية : ومادة هذا الضمان تتكون فيما إذا حكم بأحقية الغير لهذا الشيء المبيع من تولد الالتزام بالتعويض إلى المشتري بمبلغ من المال [1] .

بند [56] واجبات البائع

التشريع الإسلامي : تفسير العقود دائمًا يكون في مصلحة العدالة مع تحكيم العرف [2] ، فيجب على البائع بيان ما عليه المبيع من عيوب قلت أو كثرت ، ولو كان البائع حاكمًا أو وارثًا .

وأما قول العلماء : « أن بيع الحاكم والوارث بيع براءة » ، فمحله إذا لم يكن عالمًا بالعيب وإلا كان مدلسًا ، فعلى البائع تفصيل العيوب ، أو إراءتها للمشتري ولا يجمله ، فإن أجمله فمدلس ، ويرد المبيع بما وجده المشتري فيه .

---

(1) انظر : البنود من 1602 إلى 1624 في الفصلين : الأول والثاني من الباب الرابع ، من الكتاب السادس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 56 – 90 .

(2) أفردت مجلة الأحكام العدلية عددا من المواد المتعلقة بموضوع تفسير العقود ، منها المادة الثانية ، ونصها : « العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني » ومنها المادة الثانية عشرة ، ونصها : « الأصل في الكلام الحقيقة » ومنها المادة الثالثة عشرة ، ونصها : « لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح ، ومنها المادة الستون ، ونصها : إعمال الكلام أولى من إهماله » ومنها المادة 36 ، ونصها : العادة محكمة ، يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعي » وفي معنى هذه ما جاء في المادة 37 ، ونصها : « استعمال الناس حجة يجب العمل بها » . وقد اشتمل القانون المدني الأردني والعراقي على أكثر هذه القواعد التفسيرية المأخوذة من مجلة الأحكام العدلية والفقه الحنفي .

ولا رد إن أتى المشتري بما يدل على الرضاء ، وبسكوت طال بلا عذر أكثر من يومين بعد الاطلاع ، فإن كان العيب لا يطلع عليه إلا بعد تغيير المبيع من كسر أو نشر ، أو ذبح ، فلا رد به إلا لشرط أو عرف فيعمل بهما . فيضمن البائع للمشتري :

1 - نقل ملكية المبيع للمشتري بالتوقيع على عقد البيع مع استيفاء ما نص عليه من أوامر ولوائح ولي الأمر .

2 - تسليم المبيع إلى المشتري [1] ، وهو يختلف حسب طبيعة المبيع ، ففي المنقول يسلم يدًا بيد للمشتري أو لوكيله ، وفي العقار بالتخلية بينه وبين المشتري ، وبتسليم مفتاح البيت مثلًا . وفي المكيل ، والمقيس ، والموزون بالكيل ، والمقاس ، والوزن ، ونفقات التسليم على البائع والنقل على المشتري ؛ ومكان التسليم المكان المشترط في العقد ، فإن لم يكن شرط فمحل وجود المبيع إن لم يكن فيه مشقة على المشتري ، أو كان العرف خلاف ذلك فيعمل به .

فإن كان البيع منجزًا والثمن حالًّا تعين على المشتري دفع الثمن ، أو ما اشترط تعجيله منه ، فإن لم يدفع جاز للبائع إمساك المبيع حتى يدفع الثمن ، أو ما تعجل منه .

والبائع أحق بسلعته نظير باقي ثمنها عند إفلاس المشتري ، أو تصفية محل تجارته بشروط سبقت في الإفلاس .

ومتى تم البيع صحيحًا مستوفيًا لشروطه وجب على البائع تسليم المبيع ، فإن لم يفعل أجبره الحاكم على التسليم [2] ، وخير المشتري بين فسخ وإمساك بالقيمة أو بالمثل إذا غيب بائع المبيع ، ولم يسلمه للمشتري بأن غيبه وادعى ضياعه ولا بينة ، ولم يصدقه المشتري أو عيبه أو استحق بعض شائع وإن قل [3] .

---

(1) تناولت المادة 428 من القانون المدني المصري والمادة 394 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية واجب البائع في القيام بما هو ضروري لانتقال الحق المبيع إلى المشتري ، وفي الامتناع عن أي عمل من شأنه أن يجعل انتقال الحق مستحيلا أو عسيرا ، وهو ما جاء في المادة 535 من التقنين العراقي ، والمادة 488 من التقنين الأردني ، والمادة 466 ، و 467 من التقنين الكويتي . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة ص 128 .

(2) قاعدة : متى تم البيع صحيحًا مستوفيًا لشروطه وجب على البائع تسليم المبيع وإلا أجبره الحاكم على ذلك .

(3) النص كاملًا في الشرح الصغير (79/3) .

ويجب أن يكون التسليم للمبيع كاملًا بمعنى أن يسلم ما يتبعه ، وما يكون ضروريًا لوجوده ، أو لاستعماله كمفاتيح الماكينة وكوعاء السائل الذي لا يباع إلا به .

والمبيع على الصفة ، أو برؤية متقدمة ضمانه من المشتري بالعقد إن كان عقارًا وأدركه عقد البيع سالمًا ، فإن كان المبيع غير عقار ، أو أدركته الصفقة معيبًا ، فالضمان من البائع إلا لشرط من المشتري في العقار أنه على البائع أو من البائع على المشتري في غيره فيعمل به [1] .

الخطأ الذي يحدث في مساحة الأرض المبيعة :

يجوز بيع الأرض قطعة واحدة أي جزافا بدون نظر إلى مقاس ، فيبيع هذه القطعة من الأرض المعروفة للبائع والمشتري بخمسين جنيهًا ، فتدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد ؛ لأنه ليس فيها حق توفية فقد خرجت من المثلي الذي يقاس فلا رد للمشتري على البائع بما نقصت فيما قدر لها ، ولا مطالبة من المشتري بفرق الثمن في زيادتها عما قدر لها ، فالمساحة ليست منظورة للطرفين .

وأما بيع الأرض مذارعة يعني كل ذراع أو متر بكذا فمراد المتعاقدين البيع والشراء على اعتبار المقاس ، فإن اشترى قطعة من الأرض محددة بثمن 50 قرشًا للمتر الواحد ، فتقاس ويدفع للمشتري الثمن حسب المقاس على طبيعة الأرض ، فإن اشترى خمسين مترًا من هذه الأرض فلم يسلمه سوى عشرين ، أجبر على تسليم الباقي ، وترجع المسألة إلى عدم تسليم المبيع السابق تفصيلها .

ولا شك في أن التشريع الوضعي لما نقلها نصًا مع حكمها فقط زاد عليها حكم $\frac{1}{20}$ في بيع الأرض مع عدم بيان المساحة ، وهو ليس بشيء ؛ لأن المشتري في هذه الحالة بالجملة (جزافًا) .

دعوى النقص في المبيع أو الزيادة فيه من المشتري أو البائع كدعوى ظهور العيب في المبيع .

---

(1) يجوز بيع السلعة على الصفة لها من غير بائعها ، بل من البائع إن لم يكن المبيع في مجلس العقد ، وإن كان بالبلد ... وجاز البيع على رؤية سابقة للمبيع إن لم يتغير عادة ، وضمان المبيع غائبًا على الصفة ، أو برؤية متقدمة من المشتري إن كان عقارًا ، وأدركته الصفقة سالمًا ، وإلا يكن عقارًا ، أو أدركته الصفقة معيبًا فمن البائع الضمان إلا لشرط فيهما . الشرح الصغير (12/3 ، 13) .

وهو خيار النقيصة في المبيع [1] ، فيجب القيام بها فور علمه بها في اليوم واليومين ، فسكوته أو تصرفه في العين المبيعة يعتبر رضى يمنع الرد .

ضمان البائع صحة البيع وعدم المعارضة أو نزع الملكية .

بالبيع يضمن البائع للمشتري صِحَّةَ ملكية العين المبيعة ، وعدَم معارضة الغير له في : حقوق الملكية ، ولا في وضع اليد ، ولا في وجود حقوق عينية على العين المبيعة أيًّا كانت ؛ فهو ضامن شخصيًّا ملتزمًا بعدم التعرض للمشتري بنفسه ، متعهدٌ سلامة العين المبيعة من تعرض الغير للمشتري بسبب سابق على المُشْتَرَى . فإن اشترى أرضًا منذ سنتين ووضع يده عليها ثم أهملها فوضع آخر يده عليها ، مدعيًا الملكية منذ سنة مثلًا فلا ضمان على البائع الأول [2] .

فإذا تعرض للمشتري أحد بسبب سابق على البيع كان البائع ضامنًا ، وللمشتري الحق في إحضاره في مجلس القضاء ليسمع دعوى الغير ضامنًا صحة بيع وملكية العين المبيعة للمشتري . فإن حكم برفض دعوى الغير سلمت العين للمشتري ، وإن استحقت فقد نص على أن من اشترى شيئًا فاستحق من يده رجع المستحق منه ذلك الشيء بالثمن الذي خرج من يده . فإن كان الثمن عرضًا معينًا رجع به أو بقيمته إن فات ، وإن كان الثمن عرضًا غير معين فليس فيه الرجوع إلا بالمثل [3] .

بند [57] ما يجب على البائع دفعه للمشتري في حالة نزع ملكية المبيع كلية

القانون الفرنسي : للمشتري الذي نزعت ملكيته ما اشتراه أن يرجع على البائع بالآتي :

1 – إرجاع الثمن ، وهو ما دفعه المشتري كاملًا ، ولو نقص الثمن في المدة التي

---

(1) خيار النقيصة هو ما وجب لفقد شرط ، وما وجب لظهور عيب في المبيع . الشرح الصغير (58/3) .

(2) تناولت المادة 439 من القانون المدني المصري والمادة 406 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع ضمان البائع عدم التعرض للمشتري في المبيع ، ونصها : « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله ، أو بعضه » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة ص 135 .

(3) يقول الدردير عن إتمام البيع : « بأن يدفع المشتري الثمن للبائع ويأخذ المثمن [السلعة] أو يدفعه له البائع » . الشرح الصغير جـ 3 ص 1 .

بين البيع ونزع الملكية .

2 - إرجاع الثمرات التي ألزم المشتري بردها إلى المالك الحقيقي .

3 - مصاريف التقاضي فيما رفع منه ، وعليه بخصوص استرداد هذه العين المبيعة منه .

4 - دفع التعويض : إذا زاد المبيع عن يوم البيع يدفع البائع قيمة الزيادة عن الثمن بشرط أن لا يكون المشتري سببًا في خسارة قضيته ، بأن ترك للبائع التقاضي وجهًا لوجه مع مسترد البيع .

5 - دفع ما أنفقه المشتري على العين المبيعة من وقت البيع إلى يوم نزع الملكية .

تعويض المشتري إذا استحق بعض المبيع : إذا استحق بعض المبيع وكان الجزء المستحق مهمًا فللمشتري نقض البيع ، كما يجوز له قبوله ، وحينئذ يعوض عن الجزء المستحق بما يساويه يوم نزع الملكية لا يوم البيع .

كل هذا في ضمان الحق لا ضمان الفعل عند عدم الاتفاق على الضمان في العقد ، فإن اتفقا على شروط خاصة أو عامة في الضمان كان معمولًا بها في الحق أو الفعل .

ويمكن اشتراط عدم الضمان كلية إلا أن هذا لا يعفي البائع من ضمان فعله هو ، فكل اتفاق ضد هذا باطل ، كما يكون ملزمًا برد الثمن ، ولو اشترط عدم دفعه إلا في حالتين :

1 - أن يكون المشتري عرف خطر نزع الملكية من وقت الشراء وأقدم عليه .

2 - أن يكون المشتري قد اشترى لحسابه المكسب والخسارة بدون مسئولية البائع .

ضمان العيوب المخفية :

مادة هذا الالتزام : البائع ملزم قانونًا بضمان العيوب المخفية التي في المبيع ، وتستوجب الإقالة منه ، وهو العيب الخفي الذي يجعل العين المبيعة عاجزة عن أداء ما وجدت له ، أو أنقصت استعمالها بحيث ما كان يقدم عليها المشتري لو علم بها أو يشتريها بثمن قليل .

الشروط المطلوبة لتحقق هذا الضمان : ليكون البائع مسؤلًا عن ضمان هذه العيوب يجب :

1 - أن تكون العيوب مخفية ، بحيث لا يمكن للمشتري معرفتها ، فإن كانت

ظاهرة فلا ضمان .

2 - أن لا يكون المشتري عالمًا بهذه العيوب .

3 - أن تكون العيوب المخفية موجودة وقت البيع ، فما حدث بعده على حساب المشتري .

4 - أن تكون العيوب المخفية موجبة للإقالة من البيع ، كما ذكرها في مادة الالتزام .

5 - أن لا يكون البيع حصل بسلطة قضائية .

حقوق المشتري في حالة اكتشاف العيوب الخفية :

1 - له حق فسخ البيع ، وله حق قبوله مع نقص في الثمن حسب رأي أهل الخبرة .

2 - وله حق طلب تعويض من البائع متى كان يعلم بالعيب وقت البيع ؛ فإن حسنت نيته وكان لا يعلم فعليه ما أنفق على عقد البيع وتتلاشى حقوق المشتري المذكورة بأحد أمرين :

أولًا : مضي المدة فيسقط الحق ، ولم يحدها القانون فيعمل بالعرف والعادة في مكان البيع ، وعند عدمهما يترك ذلك للمحكمة .

ثانيًا : بفقد الشيء المبيع أو بتلفه بقوة خارجة عن إرادة المشتري ما لم يكن التلف ناتجًا عن صفات المبيع الرديئة التي سببت ذلك ، فيصبح حينئذ حق المشتري ثابتًا لا نزاع فيه .

التزامات المشتري :

يجب على المشتري شيئان :

أولا : دفع الثمن .

ثانيًا : استلام العين المبيعة . فإذا لم يدفع الثمن أو لم يستلم العين المبيعة فللبائع الحق في فسخ البيع :

أولًا : **التزام دفع الثمن** : يجب على المشتري دفع الثمن في مكان وزمان التسليم للمبيع ، إلا لشرط بينهما يخالف ذلك ، ويجوز للمشتري تأخير دفع الثمن متى كان هناك نزاع ومعارضة من الغير أو خوف دعوى استرداد حتى يؤمن البائع المشتري على مشتراه . ولا يجوز له تأخير دفع الثمن متى حل لأي سبب في موضعين :

أولًا : متى قدم البائع ضمانًا كافيًا عند تعرض الغير .

ثانيًا : متى اشترطا في العقد عدم جواز التأخير في دفع الثمن لأي سبب .

ويدفع المشتري فائدة الثمن في ثلاثة مواضع :

1 - متى كان مشترطًا في عقد البيع .

2 - متى أعلن البائع المشتري بدفع الثمن .

3 - متى كان المبيع يستغل واستلمه المشتري ، فتجعل الفائدة للبائع كتعويض له عما فقد من ثمرة انتقلت للمشتري ولم يدفع ثمنها .

ثانيًا : دعوى فسخ البيع وهي الدعوى التي يرفعها البائع لإلغاء البيع واسترداد المبيع مع التعويض لعدم قيام المشتري بما تعهد به ، ويرجع أثرها ليوم المشْتَرَى ، وكأنه لم يحدث بيع قط . وليست دعوى فسخ البيع خاصة بعقد البيع ، بل هي دعوى ترفع لفسخ أي عقد فيه تعهد من جانبين متقابلين لعدم الوفاء بتعهد أي طرف منهما .

والفسخ لا يحصل بقوة القانون ، بل لا بد من حكم به بناءً على طلب البائع فقط . وعلى المحكمة الحكم بالفسخ حالًا متى كان المبيع أو الثمن في خطر . فإن لم يكن هناك خطر جاز للقاضي منح المشتري أجلًا للقيام بتعهداته ، فإن مضى الأجل ، ولم يف بما تعهد به ، وجب الحكم بالفسخ .

وتوجد أحوال يتم الفسخ فيها بقوة القانون وهي :

1 - متى نص الطرفان في العقد على أن الفسخ يتم بدون حكم ولا سابق إنذار .

2 - إذا كان المبيع حبوبًا أو سندات مالية . فإذا مضى الأجل ، ولم يحضر المشتري لدفع الثمن واستلامها يعتبر البيع مفسوخًا من نفسه بقوة القانون .

نتائج فسخ البيع المحكوم به أو الذي تم بحكم القانون :

متى تم فسخ عاد إلى يوم البيع فيعتبر البائع كأنه لم يبع ، وأنه لا زال مالكًا للمبيع ، ويعتبر المشتري كأنه لم يملك شيئًا ، فكل ما رتبه على العين المبيعة من حقوق تعتبر لاغية وكأنها لم تكن [1] .

(1) انظر : البنود من 1625 إلى 1657 من البابين الرابع والخامس ، من الكتاب السادس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 60 - 67 .

بند [58] ما يجب على البائع دفعه للمشتري في حالة نزع ملكية المبيع (استحقاقه للغير من يد المشتري)

التشريع الإسلامي :

في استحقاق المبيع التفصيل الآتي :

أولًا : إذا كان المبيع مقومًا معينًا متعددًا في صفقة واحدة ، كعشر أثواب بمائة مثلًا ، فوجد المشتري في بعض المبيع عيبًا فله رد هذا البعض المعيب بحصته من الثمن ، ولزمه التمسك بالباقي ، إن لم يكن المعيب وجه الصفقة ، فإن كان المعيب واحدًا أو اثنين إلى خمسة والصفقةِ عشرة أثواب رجع بعشر الثمن أو عُشْرَيْه أو ثلاثةِ أعشاره إلخ [1] .

فإن كان الثمن سلعة رجع بقيمتها ، وإن كان نقدًا رجع بما دفع ، فإن كان المعيب أكثر من النصف فليس له رده بحصته ، بل إما أن يتماسك بالجميع أو يرد الجميع ، أو يتماسك بالبعض بجميع الثمن . هذا إذا كان السالم باقيًا ، فإن فات فله رد المعيب مطلقًا وأخذ حصته من الثمن . فإن كان المعيب أحد مُزْدَوَجَيْنْ لا يستغني بأحدهما عن الآخر كخفين ، أو قرطين ، أو مصراعين [2] ، فليس له رد المعيب بحصته من الثمن ، والتمسك بالسليم . وكذا بأم أو ولدها ، فالعيب بأحدهما يوجب ردهما معًا أو التمسك بهما معًا . ولا يجوز للمشتري التمسك بأقلَّ ما استحق أو تعيب أكثره بحصته من الثمن بل يتعين رد الباقي؛ لأن التمسك بالباقي إنشاء لعقد بثمن مجهول ، فلا يعلم الثمن إلا بعد تقويم المبيع كله ، ثم تقويم جزئه [3] .

---

(1) إن ابتاع مقومًا معينا متعددًا في صفقة فظهر عيب ببعضه فله رده بحصته من الثمن . الشرح الصغير (71/3) وفه إشارة إلى موضوع كبير هو تفريق الصفقة المتعددة الأجزاء ، وذلك كأن يبيع ثوبين أحدهما بمائة والآخر بخمسين ، فيجوز رد أحدهما بعيب واستبقاء الآخر لتعددهما بتفريق الثمن . حاشية ابن عابدين 19/4 وحاشية الدسوقي 15/3 وكشاف القناع 178/3 وحاشية الجمل 100/3 ومغني المحتاج 42/2 .

(2) صَرَع الباب : جعل له مِصْراعَيْنِ لسان العرب ، مادة صرع جـ 2434/4 .

(3) يمتنع تفريق الصفقة إذا قام سبب شرعي يمنع التبغيض كالتفريق بين حيوان وأمه التي لا يستغني عنها . فلو وجد المشتري عيبا بأحدهما كان له أن يبقيهما عنده بالثمن كله أو يردهما ويأخذ الثمن الذي دفعه للبائع . الشرح الصغير (71/3) وما بعدها وقد ضبطت المادة 519 مدني أردني هذا الموضوع المتناثر الأجزاء في كتب الفقه ، ونصها : « 1 - إذا بيعت أشياء متعددة صفقة واحدة ، وظهر في بعضها عيب قبل التسليم فالمشتري بالخيار بين قبولها بالثمن المسمى أو ردها كلها . 2 - وإذا بيعت أشياء متعددة صفقة واحدة ، وظهر في بعضها =

ثانيًا : إذا كان المبيع معينًا متحدًا ، فيخير المشتري بَتًّا (يعني لا على الخيار) بين الفسخ ، لعدم تمكنه من المبيع ، والتماسك ، ويرجع على البائع بالمثل أو القيمة إن غيِّب أو عُيِّب أو استحق شائع ، وإن قل فيخير المشتري بين التماسك بالباقي ، ويرجع بحصة ما استحق وبين الرد ويرجع بجميع الثمن إن كثر المستحق ، كثلث فأكثر مطلقًا ، انقسم أو لا ، اتخذ للغلة أو لا [1] . كأن قل عن ثلث ، ولم ينقسم كحيوان وشجرة ولم يتخذ للغلة . فإن انقسم أو اتخذ للغلة ، منقسمًا أم لا ، فلا خيار بل يلزمه الباقي بحصته من الثمن .

والخلاصة : أن تلف بعض المبيع المعين ، أو استحقاقه ، أو ظهور عيب فيه يجعل المشرع ينظر للباقي بعد التلف أو الاستحقاق ، فإن كان النصف فأكثر ، لزم الباقي بحصته من الثمن إن تعدد البيع . فإن اتحد خير المشتري . وإن كان أقل منه حرم التمسك بالأقل الباقي لاختلاف البيع ، إلا المثلي فلا يحرم التمسك بالأقل بل يخير في الاستحقاق والتلف [2] .

ثالثًا : الغلة للمشتري من حين العقد للفسخ بسبب العيب [3] . والمراد بالغلة الغلة الناشئة عن غير تحريك في المبيع ، كصوف ولبن ، أو عن تحريك قبل الاطلاع على العيب أو بعده ، لكن في زمن الخصومة ، فلا ترد من المشتري للبائع إلا الولد وإلا صوفًا تمَّ ، وإلا ثمرة أبِّرت حين الشراء واشترطها مع الأصل فيردها مع المعيب ، ولو طابت أو جذت . فإن فات رُدَّ مثلُه إن علم كيله ، وقيمته إن لم يعلم ، أو ثمنه إن باعه وعلم قدر الثمن وإلا فالقيمة [4] .

= بعد التسليم عيب قديم ، وليس في تفريقها ضرر فللمشتري رد المعيب بحصته من الثمن ، وليس له أن يرد الجميع بدون رضى البائع . فإن كان في تفريقها ضرر فله أن يرد جميع المبيع أو يقبله بكل الثمن » .

(1) يقول ابن رشد : « وإذا وجدت العيوب ، فإن لم يتغير المبيع بشيء من العيوب عند المشتري ، فلا يخلو أن يكون في عقار ، أو عروض ، أو في حيوان ، فإن كان في حيوان فلا خلاف أن المشتري مخير بين أن يرد المبيع ، ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له . وأما إن كان عقارا فمالك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكبير ... » بداية المجتهد جـ 2 ص 179 ، 180 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 60 ، 61 ، 62 .

(2) يقول الدردير : « خيار النقيصة قسمان : ما وجب لفقد شرط ، وما وجب لظهور عيب في المبيع الأول » . الشرح الصغير جـ 3 ص 62 .

(3) والغلة للمشتري للفسخ بسبب العيب إما بحكم الحاكم أو بتراضي المتبايعين . الشرح الصغير (73/3) .

(4) المرجع السابق (74/3) .

وبما أن المشتري لا يرد الثمرة فهي نظير إنفاقه على المبيع فيرد البائع الذي استلمه ، فإن كان نقدًا فلا تفصيل فيه ولا غموض ، وإن عرضًا معينًا ، رجع به أو بقيمته إن فات ، وإن كان عرضًا غير معين رجع فيه بالمثل .

فإن كان المبيع لا ثمرة له ، وأنفق عليه المشتري إلى يوم ظهور العيب أو يوم الاستحقاق ، رجع بما أنفق على البائع علاوة على الثمن الأساسي . والرسوم وأجرة التقاضي على البائع ؛ لأنه هو الذي جرها على المشتري ، ولا ذنب له في ذلك فمن تسبب في ضرر وجب عليه تعويض بقدر هذا الضرر . فلا يدفع البائع تعويضًا آخر غير الثمن وما أنفِقْ ؛ لأنه يكون حرامًا حيث لا مقابل له ، وليس هبة ولا وصية فلا يحل أخذه بغير حق .

كل هذا في ضمان الحق ، وأما ضمان الفعل فإن عيَّبه البائع أو ادعى ضياعه ولا بينة ولم يصدقه المشتري ، فيخير المشتري بين فسخ وإمساك بالقيمة أو المثل ؛ لأن إتلاف البائع للمبيع يوجب الغرم [1] .

وشرط عدم عهدة الإسلام لاغ ، وهو أن يشترط البائع أن السلعة المبيعة إذا استحقت أو ظهر بها عيب قديم فلا رجوع عليه ، أو اشتراط المشتري أنه لا رجوع له إذا استحقت السلعة أو ظهر بها عيب قديم ، فهو شرط لاغ ، وللمشتري الرجوع ولو مع هذا الشرط .

فتبري البائع مما لم يعلم في سلعته من العيوب لا يفيده بشيء ولا تنفعه البراءة ، بشرط وبغير شرط . وللمشتري الرد بما وجده فيها من العيب القديم ، إلا أن يفعل ما يدل على الرضاء بالعيب بعد الاطلاع عليه . فإن فات حسًّا أو معنى فللمشتري أرش العيب ، يعني التعويض عنه من البائع .

وأما شراء المبيع مع معرفة المشتري خطر نزع الملكية ، أو اشتراؤه لحسابه وعليه المكسب والخسارة فلا يجوز أولًا ؛ لأنه شراء خصومة وعقد حظ موكول للقضاء والقدر ، وهو ممنوع شرعًا . ولا يعفى البائع من رد ما أخذ من ثمن ، ولو اشترط عدم الرد ؛ لأن هذا للمصلحة العامة فلا يصح الاتفاق من الطرفين على إهداره .

---

(1) « وخير مشتر بين فسخ البيع والتماسك به فيرجع على البائع بقيمة المقوم ، أو مثل المثلي إن غيب بائع المبيع أي أخفاه وادعى ضياعه ، ولا بينة ، ولم يصدقه المشتري ، ونكل البائع عن اليمين » . الشرح الصغير (79/3) .

ضمان العيوب الخفية :

يثبت للمشتري خيار النقيصة لفقد شرط ، أو لظهور عيب في المبيع [1] ، فالبائع ملزم شرعًا بضمان العيوب التي تظهر في المبيع . فإذا عقد البيع وتم اتفاق الطرفين فلا يخلو حالهما :

أولًا : إذا اشترطا شيئًا في العقد وكان في هذا الشرط غرض للمتعاقدين ، أو لأحدهما وانعدم الشرط فللمشتري الخيار في الرد والإمساك (وذلك في كل وصف فيه حق مالي) .

ثانيًا : إن وجد المشتري في المبيع عيبًا (نقصًا) عقارًا أو عرضًا أو عينًا (فيشمل الثمن والمثمن) ، وكان هذا العيب العادة السلامة منه ، كمن يعشي (لا يبصر ليلًا) ، أو كعور ، أو دبرٍ وعَثَرٍ ، وحَرَنٍ، وضعف حمل معتاد ، فللمشتري الرد بذلك .

ويقاس على هذه العيوب ما شابهها من كل عيب أدى لنقص في الثمن أو المثمن .

فإن كان العيب لا يطلع عليه إلا بعد تغيير المبيع من كسر ، أو نشر ، أو ذبح ، فلا رد به إلا لشرط ، أو عرف فيعمل بهما [2] .

ولا رد بعيب قليل بدار . ولا قيمة على البائع في اليسير جدًّا ، ككسر عتبة وسلم وسقوط شرفة ، وأما غير اليسير جدًّا ، وهو ما دون الثلث - والثلث كثير - فيرجع بقيمة ما له بال فقط .

ولا رد بالقليل إذا كان أقل من الثلث ، ويثبت الرد بالثلث فما فوق .

والقاعدة : أن كل عيب نقص الثلث من قيمتها فأكثر فله الرد (كسوء جارها ، وكثرة بقها ونملها وشؤمها بأن جربت بأن كل من يسكن فيها يصاب بمصيبة) [3] .

---

(1) قاعدة : يثبت للمشتري خيار النقيصة لفقد شرط ، أو لظهور عيب في المبيع . انظر خيار العيب في حاشية ابن عابدين 71/4 وما بعدها ، والمواد 337 - 340 من المجلة العدلية ، والمواد 526 - 529 من مرشد الحيران . وقد تناولت المواد 512 - 520 من القانون المدني الأردني أحكام خيار العيب .

(2) العيب الذي يرد به المبيع هو العيب الخفي الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أو لا يتبينه الشخص العادي ، أو لا يكشفه غير خبير ، أو لا يظهر إلا بالتجربة ، مما يؤثر في ثمن المبيع . أما العيب الذي لا يظهر إلا بعد تغير المبيع بالكسر أو النشر أو الذبح ، ولا يستطيع الخبير اكتشافه فلا يؤثر في قيمة المبيع .

(3) قاعدة : كل عيب نقص الثلث من قيمتها فأكثر فله الرد كسوء جارها ، وكثرة بقها ونملها .

ومن قبيل العيب الذي يرد به المبيع التغرير الفعلي ، فهو كالشرط المصرح به ؛ لأنه غرر كتلطيخ ثوب عبد بمداد ، وكصبغ ثوب قديم ليوهم أنه جديد ، وكصقل سيف ليوهم أنه جيد ، فيوجد بخلافه فيثبت للمشتري حق الرد [1] .

وأما التغرير القولي ، كقوله اشتر مني هذا الشيء فهو جيد فيوجد بخلافه ، فإن وجد به عيبًا منقصًا فله الرد ، وإلا فلا .

ولا يشترط في العيب أن يكون مخفيًّا ، وإنما الشرط أن تكون العادة السلامة منه ، وأنه لو علمه المشتري ما أقدم على المشترَى أصلًا أوما اشتراه بهذه القيمة . ويشترط ألا يعلمه المشتري وقت الشراء ، وأن يكون العيب حدث قبل الشراء ، فإن حدث بعده فلا رد به على البائع .

والبيع الذي يحصل بسلطة قضائية يصح فيه الرد ، وذلك أنه على البائع لشيء وجوبًا بيان ما عليه من عيوب قلت أو كثرت ، ولو كان البائع حاكمًا أو وارثًا أو وكيلًا .

وأما قولهم أن بيع الحاكم والوارث بيع براءة فمحله إذا لم يكن عالمًا بالعيب ، وإلا كان مدلسًا ، فإن كان مدلسًا صح للمشتري خيار الرد أيضًا على الحاكم والوارث .

ومتى ظهر العيب المبيح للرد فالمشتري له الخيار بالرد وأخذ ما دفع . وثمرة المبيع نظير النفقة ، وله التماسك مع أخذ ما نقصه العيب من السلعة التي ظهر بها العيب .

ويسقط حق الرد إن أتى المشتري بما يدل على الرضى ، أو بسكوت طال بلا عذر أكثر من يومين بعد الاطلاع [2] .

والخيار في الرد والإمساك متى كان المبيع قائمًا سليمًا . فإن حدث بالمبيع العيب عند المشتري عيب متوسط ، كضعف وعمى وعرج وعور وشلل إلخ فللمشتري الواجد لعيب قديم التماسك بالمبيع وأخذ أرش (تعويض) العيب القديم ، وله الرد مع دفع أرش العيب الحادث ، فالخيار للمشتري لا للبائع ، إلا أن يقبله البائع بالعيب الحادث ، ولا شيء

---

(1) يقول الدردير : « والتغرير الفعلي كالشرط المصرح به كتلطيخ ثوب عبد بمداد أو يجعل بيده قلما ومحبرة ليوهم المشتري أنه كاتب ، وكصبغ الثوب القديم ليوهم أنه جديد » . الشرح الصغير جـ 3 ص 62 .

(2) جاءت المادة 515 من القانون المدني الأردني بالنص على أنه « إذا تصرف المشتري في المبيع تصرف المالك بعد اطلاعه على العيب القديم سقط خياره » ؛ لأن هذا رضي منه بالعيب بعد اطلاعه على المبيع وهو ما نصت عليه المادة 344 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 541 من مرشد الحيران ، والمادة 87 من التقنين الحنفي مع مذكرتها الإيضاحية .

لأحدهما عند الآخر ، فإن تلف أو فات عند المشتري فله أرش العيب دون الرد لفواته .

فتلف الشيء المبيع الذي ظهر به عيب يستحق الرد لا يفيت حق المشتري في أخذ قيمة هذا العيب من البائع [1] .

التزامات المشتري :

متى تم البيع بالإيجاب والقبول تعين على المشتري دفع الثمن المتفق عليه متى كان حالًا . فإن كان لأجل وجب الوفاء عند حلوله . فإن كان الثمن حالًا ولم يدفعه المشتري جاز للبائع التمسك بالمبيع حتى يدفع له الثمن المتفق عليه . فإن اختلفا فيمن يدفع أولًا دفع المشتري الثمن ، فإن لم يأمن جانب البائع سلم الثمن لأمين أو للحاكم حتى يجبر البائع على التسليم .

فإن لم يتسلم المشتري العين المبيعة ، وقد دفع الثمن فهي على ملكيته وفي ضمانه . وليس للبائع الحق في فسخ البيع إطلاقًا لعدم التسلم ، وإنما له أن يطلب فسخ البيع إذا لم يسلم المبيع للمشتري ولم يدفع المشتري الثمن وكان حالًا واجب الأداء . فإن كان الثمن مؤجلًا وجب على البائع تسليم العين المبيعة ، والثمن يكون دينًا في الذمة [2] .

ومكان وزمان دفع الثمن يكون حسب اتفاق الطرفين ، وإن لم يكن بينهما اتفاق فمحل البائع إلا لعرف وعادة فيعمل بها ، ولا يحسب على المشتري فائدة في تأخير دفع الثمن ؛ لأن طرق التقاضي في التشريع الإسلامي طرق حازمة لا تسويف فيها ولا رخاوة ، بل متى ثبت الحق وجب الأداء ، وبمجرد وجوب الأداء ينفذ بطريق الحبس إن كان موسرًا ، وإن كان معسرًا فنظرة إلى ميسرة .

---

(1) راجع : الشرح الصغير للدردير جـ 3 ص 66 ، 67 ، 68 . بداية المجتهد جـ 2 ص 178 ، 179 .

(2) جاء في المادة 457 من القانون المدني المصري والمادة 423 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية والمادة 422 مدني أردني النص على وجوب تسليم المشتري الثمن « عند التعاقد أولا وقبل تسلم المبيع أو المطالبة به ما لم يتفق على غير ذلك » . ويتفق هذا مع ما جاء في المادة 262 من المجلة العدلية ، والمادة 481 من مرشد الحيران . وعند ابن عبد البر أن الثمن أبدا حالٌ ، إلا أن يذكر المتبايعان له أجلا فيكون إلى أجله (الكافي لابن عبد البر 726/2) . وقد اختلف الفقهاء في تعيين من يجب عليه البدء بالتسليم في البيع ، فذهب الأحناف والمالكية إلى مطالبة المشتري بالتسليم ، وذهب الشافعية والحنابلة إلى إلزام البائع بالتسليم أولا . حاشية ابن عابدين 49/4 وفتح القدير 496/5 ومغني المحتاج 74/2 والمغني لابن قدامة 219/4 وما بعدها والشرح الصغير 71/2 .

ودعوى فسخ البيع والتمسك بالمبيع لعدم دفع الثمن الحال يفصل فيها الحاكم ، فلا تتم بقوة القانون . فإن اتفقا على أن البيع يكون باطلًا أو لاغيًا إذا لم يدفع الثمن الحال فيعمل بهذا الشرط ، ولا داعي إذن لحكم القاضي إلا إذا ترافعا إليه ، فيحسم الخصومة حسب اتفاقهما .

وعلى القاضي أن يحكم في الخصومة بينهما بغض النظر على أن المبيع في خطر أم لا ؛ لأنه بمجرد البيع دخل المبيع في ضمان المشتري في غير المثلي ، ووجب أداء الثمن متى اتفق على حلوله ، فلا يصح للقاضي إمهال المشتري لدفع الثمن إلا اليوم واليومين ما لم يرض البائع بأجل معين .

والحبوب والسندات المالية وغيرها سواء في عدم جواز فسخ البيع متى كان الثمن غير حال . فإن كان الثمن حالًا وتمسك البائع بسلعته حتى يدفع المشتري الثمن جاز له ذلك . فإن ترافع للقاضي أمر المشتري بدفع الثمن وأخذ المبيع وإلا فسخ البيع ، فلا يعتبر البيع مفسوخًا بقوة القانون .

نتائج فسخ البيع :

متى تم البيع صحيحًا دخل المبيع في ملك المشتري ، والثمن في ملك البائع فيورث عنهما وتصرفهما صحيح كل فيما يملك [1] ؛ لأن البائع متى ملك الثمن بمجرد البيع جاز له التصرف فيه بمجرد العقد عملًا بالقاعدة العامة من أن البيع ينعقد بإرادة الطرفين فقط بلا شيء آخر . ويدخل المبيع في ملك المشتري بمجرد العقد ، والثمن في ملك البائع كذلك .

فتصرف البائع في الثمن وتصرف المشتري في المبيع صحيح لا غبار عليه ؛ فلو تمسك البائع بسلعته نظير دفع الثمن ، أو تمسك المشتري بعوضه نظير استلام المبيع ، فلهما ذلك ، فهو شرط في العقد مدخول عليه فيعمل به بينهما ، فلا يتم البيع إلا بالوفاء بهذين الشرطين : تسليم الثمن ، وتسليم العين المبيعة . فالتصرف من أحد المتعاقدين قبل الوفاء بالتزاماتهما تصرف باطل فيما لا يملك ؛ لأن الملكية مشروطة بشرط لم يتحقق ، فلا تتحقق إذن . وهذا التصرف في الحقيقة راجع إلى بيع الشيء قبل قبضه وقد مر ذكره فارجع إليه .

---

(1) قاعدة : متى تم البيع صحيحًا دخل المبيع في ملك المشتري ، والثمن في ملك البائع فيورث عنهما ، وتصرفهما صحيح كل فيما يملك . أما إذا كان البيع فاسدا فإن المشتري لا يملك المبيع إلا بالقبض . المجلة العدلية ، مادة 369 .

نتيجة المقارنات من بند 45 إلى بند 58

اتفق التشريعان فيما يأتي :

نتائج حق الامتياز والرهن ، (بالنسبة للمدين ، وبالنسبة إلى الدائنين الآخرين ، وبالنسبة للغير « حق متابعة العقار ») ، تطهير العقار ، تلاشي الرهن وحق الامتياز ، نقل حق الامتياز والرهن ، البيع ، تكوين البيع،أهلية التعاقد الخاصة في البيع (في الغالب) ، الثمن ، الغبن في الثمن ، واجبات البائع ، ما يجب دفعه من البائع للمشتري حال نزع ملكية المبيع ، ضمان العيوب الخفية ، التزامات المشتري .

بند [59] بيع الخيار (البيع الوفائي)

القانون الفرنسي : هو عقد يشترط فيه البائع حق استرداد ما باع مع رد الثمن وما يتبعه للمشتري ، فهو بيع شرط ملغي فنتج عنه :

1 - أنه بيع واحد يسجل لا بيعان ، ونقل تكليف واحد لا تكليفين .

2 - البائع الذي استرد ما باع لا يتحمل تصرفات المشتري في المبيع وقت أن كان واضعًا يده ، بل يتسلم المبيع خاليًا من كل حق للغير .

مدة الخيار :

مدة الخيار أو البيع الوفائي مقدرة قانونًا بما لا تزيد عن خمس سنوات ، فإن اشترط لأكثر اعتبر الأجل لخمس سنين فقط ، وهذا الأجل لا يمكن للمحكمة مده ، ويمر ضد أي شخص ، ولو كان قاصرًا أو محجورًا عليه .

وبمضي الأجل بدون استرداد من البائع للمبيع يفقد البائع هذا الحق نهائيًا ، ويبقى المشتري مالكًا واضعًا يده .

والذي له مباشرة هذا الحق - حق الخيار - هو البائع نفسه أو ورثته أو دائنوه باسمه (اكسيون إبليك) [1] ، ويكون ضد المشتري ، ومن تلقى عنه الحق حتى ولو لم يذكر ذلك في عقد بيع الآخرين .

إن اشترى بشرط الخيار جزءًا من عقار غير قابل للقسمة ، فوضع الجزء الباقي في المزاد فرسى على المشتري ، فعلى البائع عند استعمال حقه في استرداد العين المبيعة أن يسترد الجميع بما تكلفه المشتري .

فإن باع جماعة بشرط الخيار لكل منهم جزء مشاع في المبيع فليس لأحدهم استعمال حق استرجاع حصته في المبيع ، بل يجب أن يستعمل الجميع حقهم مجتمعين وإلا بطل حق الخيار . ومثل الورثة كمثل هؤلاء . ولو باع كل واحد حصته منفردًا ، بشرط الخيار فليس للمشتري المعارضة في استرجاع الكل أو الترك ، بل جاز لكل واحد استعمال حقه .

---

(1) action oblique دعوى يرفعها الدائن على المدين المخادع . انظر : Robert (1) p 1066 أو فسخ العقود الصادرة من المدينين إضرارًا بدائنهم . انظر : قاموس المنهل ص 884 .

فإن ترك المشتري على الخيار ورثة ، ولم يقتسموا التركة أو أخذ كل واحد نصيبًا في العين المبيعة على الخيار ، فليس للبائع استرجاع العين المبيعة من أي واحد منهم ، بل يأخذ من كل واحد من الورثة نصيبه ، ولو خرجت العين المبيعة على الخيار في نصيب أحدهم في قسمة التركة جاز للبائع استرجاع هذه العين ممن تحت يده فقط .

ولكي يستعمل البائع حقه في استرجاع المبيع على الخيار يجب عليه :

(1) دفع الثمن الأساسي . (2) دفع النفقات وأجر تحرير العقد .

(3) الإصلاحات الضرورية وما زادته في قيمة العين المبيعة . ولكي يضمن المشتري سداد هذه المطلوبات يجوز له حجز العين المبيعة تحت يده حتى يتم الدفع .

نتائج استعمال حق الخيار في المبيع :

متى استعمل البائع حقه في الخيار واسترجع العين المبيعة استرجعها خالية من كل حق للغير ، إلا عقد الإيجار الذي عقده المشتري بدون غش أو تدليس ، فعلى المسترجع نفاذه [1] .

بند [60] بيع الخيار

التشريع الإسلامي :

بيع الخيار : هو بيع اشترط فيه أحد المتعاقدين أو كلاهما قبول البيع أو رده ، وهو البيع الذي يقابل البيع البت ، والبيع على الخيار أو بيع الخيار على أشكال كثيرة ، كأن يبيع بيتًا أو فدانًا لزيد من الناس على أن يكون الخيار في نفاذ البيع أو رده لمدة شهر ، أو يشترط المشتري أن له الخيار في إبرام المشتري أو رده لمدة شهر مثلًا ، ففي هاتين الحالتين يثبت الخيار لمن اشترطه لنفسه .

وإذا كان البيع على الخيار ، فيجب عدم اشتراط النقد فيه ، وإلا وقع البيع باطلًا [2] لتردد الثمن بين السلف والثمن ، وهو غير جائز ، ويمنع أيضًا التطوع بدفع الثمن لوجود العلة ، وفي الواقع الخيار شرط في العقد ، والشرط في العقد إن تنافى مع قصد البيع ، فهو باطل . وقد سبق شرح ذلك في البيع بشرط ، فارجع إليه إن شئت . وذلك كشرط

---

(1) انظر : البنود من 1659 إلى 1673 في الفصل الأول ، من الباب السادس ، الكتاب السادس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 67 – 70 .

(2) قاعدة : لا يصح اشتراط نقد في البيع على الخيار وإلا وقع البيع باطلًا .

البائع على المشتري أن يبيعه ما اشتراه في مدة معينة بالثمن الذي دفعه له ، فهو بيع بشرط يتنافى مع الملكية المطلقة التي يقتضيها البيع ويتردد الثمن بين الثمنية والسلفية .

ولهذا نص الفقهاء على هذه المسألة بالذات وسموها (بيع الثنيا) . وهو البيع الذي يشترط بائعه رجوعه له إن أتى بالثمن الذي أخذه فهو بيع فاسد إن وقع الاشتراط في صلب العقد ، فإن تطوع المشتري بذلك بعد العقد جاز ، وليس للمشتري أن يتصرف بإخراجها لغير البائع متى تطوع بذلك ، وللبائع رفعه للحاكم ، فإن منعه الحاكم وتصرف فللبائع رد تصرفه مطلقًا [1] .

وإن لم يمنعه الحاكم وتصرف ببيع ونحوه نفذ ، وإنما للبائع منعه إذا أقام عند إرادة التصرف ، وقبل أن يتصرف بالفعل إذا أحضر له الثمن ولم يضربا أجلًا لذلك .

ويجوز شرط المشتري على البائع بعد تمام البيع ، بأن قال البائع للمشتري : « أقلني من هذا البيع أي نفسخ البيع اتفاقًا ، فقبل المشتري الإقالة بشرط أن البائع إذا باع هذه السلعة المقال فيها فالمشتري أحق بها من غيره فهو شرط معمول به ؛ لأنه لا يتنافى مع الإقالة ، ولا يتنافى مع الملكية المطلقة للمالك ؛ لأنه للمشتري عدم قبول إقالة البائع من الالتزام ، ولكنه أقاله بشرط لا يمس حق البائع .

وفي الخيار الجائز تختلف مدة الخيار شرعًا باختلاف المبيع هكذا :

(1) **عقار** : ومدة الخيار فيه 36 ستة وثلاثون يومًا [2] .

---

(1) بيع الثنيا وبيع الوفاء هو البيع بشرط رد البائع المبيع إلى المشتري عند رده الثمن . وإنما سمى بيع الوفاء لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط . ويسميه المالكية « بيع الثنيا » والشافعية « بيع العهدة » والحنابلة « بيع الأمانة » ويسمى أيضا « بيع الطاعة » و « البيع الجائز » و « بيع المعاملة » . وقد اختلف الفقهاء في حكمه ، فمذهب المالكية والحنابلة وكثير من الأحناف والشافعية إلى فساد هذا البيع ، لمخالفة شرط رد المبيع للبائع مقتضى عقد البيع وحكمه ، وهو نقل ملكية المبيع للمشتري نقلا مطلقا . لكن ذهب بعض المتأخرين من الأحناف والشافعية إلى تصحيح هذا البيع لتعامل الناس به وحاجتهم إليه . راجع : الفتاوى الهندية 209/3 والمادة 105 من المجلة العدلية ، ومواهب الجليل 373/4 والبحر الرائق لابن نجيم 8/6 ومغني المحتاج 31/2 وحاشية ابن عابدين 246/4 . وقد جاءت المادة 465 مدني مصري بإبطال بيع الوفاء ، ونصت على أنه « إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا » . ولعل ذلك راجع إلى انصراف الناس عن التعامل به .

(2) يقول الدردير : « منتهى زمن الخيار في العقار ، وهو الأرض وما يتصل بها من بناء أو شجر ستة وثلاثون يومًا ، لا يجوز للمشتري في مدة الخيار أن يسكن الدار المشتراة به إن كثرت بلا أجرة » . وراجع باقي المدد في الشرح الصغير جـ 3 ص 51 .

(2) **منقول** : ومدة الخيار فيه 10 عشرة أيام .

(3) **دابة ليس شأنها الركوب** : ومدة الخيار فيها نحو ثلاثة أيام ، ويدخل في هذا النوع البقر ، والغنم ، والطير والأوز ، والدجاج . فإن كانت الدابة تراد للركوب فيوم ونحوه لركوبها .

(4) **مثلي وعروض** : ومدة الخيار فيها كثلاثة أيام [1] .

ويبطل الخيار بشرط مدة زائدة على مدته بكثير ، أو بمدة مجهولة ، كإلى أن تمطر السماء ، أو يقدم زيد وقدومه غير معلوم [2] ، ويبطل بشرط غيبة زمن الخيار من بائع أو مشتر على مبيع مثلي .

ولزم البيع بانقضاء مدة الخيار على أنه يجوز لصاحب الحق في الخيار الرد بعد انقضاء مدته في كالغد (اليوم واليومان) ، وهذا حيث وقع النص على مدته المتقدمة فإن وقع بخيار ولم ينص على مدته المتقدمة لزم العقد بانقضائه من غير زيادة .

وصاحب الحق في الخيار أولًا هو المباشر للعقد ، وينتقل الحق في الخيار للدائن الذي أحاط دينه بمال المدين الحي أو الميت [3] ، وقام الغريم عليه قبل انقضاء زمن خياره بلا حكم .

وإذا اختار الدائن الأخذ فالربح للمدين والخسارة على الغريم . بخلاف ما إذا أدى الغريم الثمن الذي لزم المفلس في بيع لازم فالربح للمفلس والخسارة عليه .

وانتقل خيار ميت غير مفلس بائع أو مشتر على الخيار لوارث . ومقتضى القياس ، وهو نص المدونة ، أن يرد الجميع ، فيجبر مريد الإمضاء على الرد مع مريد الرد إن رد بعضهم ، وقيل يمكّن من أراد الإجازة من أخذ نصيب الرد ، ويدفع جميع الثمن للبائع إن شاء المجيز ذلك ، وإلا وجب رد الجميع للبائع إلا أن يرضى بالتبعيض فذلك له ، وهو قول الإمام أشهب . وورثة البائع بخيار لو مات قبل مضيه كذلك فيهم القياس والاستحسان المذكوران .

---

(1) جاء في الشرح الصغير : ومنتهاه (يعني الخيار) في العروض كالثياب خمسة من الأيام كالدواب التي ليس شأنها الركوب . الشرح الصغير (51/3) .

(2) جاء في الشرح الصغير قوله : وفسد الخيار بشرط مدة بعيدة تزيد على مدته أو مدة مجهولة كإلى أن تمطر السماء ، أو إلى قدوم زيد ، ولم يعلم أحد قدومه . الشرح الصغير (52/3) .

(3) ينتقل الحق في الخيار للغريم إن أحاط دينه بمال المبيت . الشرح الصغير (55/3) .

وبزوال أهلية من له الخيار بجنون ينتقل الحق للسلطان(الحاكم) فينظر في الأصلح من إمضاء أو رد . والإغماء الطويل فيه خلاف فقيل : بالفسخ ، وقيل : الأمر للحاكم .

والملك زمن الخيار للبائع ؛ لأنه منحل فالإمضاء نقل لا تقرير . والغلة الحادثة زمن الخيار وتعويض جناية الأجنبي على المبيع بالخيار للبائع . والضمان في زمن الخيار من البائع إذا قبضه المشتري ، وكان مما لا يغاب عليه(يمكن إخفاؤه) [1] .

وضمن المشتري إن كان الخيار للبائع ، فيغرم الأكثر من القيمة ، أو الثمن في حالة تلف المبيع ، إلا أن يحلف أنه ما فرط فالثمن فقط . وفي تلف وضياع المبيع بالخيار أو إتلافه تفصيل طويل فارجع إليه إن شئت في باب الخيار في البيع [2] . دفع الثمن في البيع على الخيار يفسده ، ويبطله إن كان شرطًا في العقد . فإن كان تطوعًا ودفع الثمن وجب إرجاعه عند استعمال حق الخيار بالرد ، وإن كان التطوع أيضًا لا يجوز في البيع على الخيار أو الاختيار .

وبما أن الغلة وتعويض التعدي من الأجنبي على المبيع للبائع ؛ لأن المبيع لا يزال على ملكه ، فتكون النفقة عليه إذن مدة الخيار لازمة للبائع .

نتائج استعمال حق الخيار في البيع :

متى استعمل البائع حقه ، واسترجع المبيع أو استعمل المشتري حقه ورد المبيع ، عاد لصاحبه كوقت البيع بدون وجود حق للغير عليه حتى ولا عقد إيجار ؛ لأن جواز استعمال المبيع بالخيار مؤقت بضرورة معرفة صفاته التي يرغبها المشتري فقط ، فلا يجوز له التصرف إطلاقًا في المبيع بالخيار الذي يمكن رده . فإن تصرف في المبيع بالخيار صاحب حق الخيار بما يفنيه ، فإن كان المشتري اعتبر قبولًا ، وإن كان البائع اعتبر ردا [3] .

---

(1) والملك للمبيع بالخيار في زمنه ... للبائع ، والضمان منه . الشرح الصغير (55/3) .

(2) ولو قبضه المشتري وادعى ضياعه زمن الخيار ضمن فيما يغاب عليه إلا لبينة تشهد بضياعه بلا تفريط من المشتري فلا يضمن ، وحلف في غير ما يغاب عليه ... الشرح الصغير (56/3) .

(3) تناولت خيار الشرط وأحكامه المواد 177 – 183 من القانون المدني الأردني التي تستند إلى أحكام الفقه الإسلامي . راجع المذكرة التوضيحية لهذه المواد والمبسوط للسرخسي 40/13 وما بعدها وفتح القدير 110/5 وبداية المجتهد 172/2 والمحلى لابن حزم 328/9 وما بعدها والمواد 300 – 309 من المجلة العدلية والمواد 329 وما بعدها من مرشد الحيران . ويقترب من خيار الشرط الفقهي في القانون المصري البيع بشرط المذاق أو بشرط التجربة .

بند [61] الغبن في البيع

إبطال العقد لوجود غبن فاحش

القانون الفرنسي :

القاعدة : عقد بيع العقار يمكن إلغاؤه متى سبب إلى البائع غبنا فاحشًا أزيد من $\frac{7}{12}$ ، وقد كان في القانون الروماني $\frac{6}{12}$. والأصل أنه إن كان العقد بين أهل التعاقد القانوني لا يلغى لحصول غبن فاحش إلا أن القانون رأى أن من يقبل البيع مع هذه الخسارة يكون محتاجًا فيقع تحت تأثير المشتري ، فتكون إرادته ناقصة فيجوز له إلغاء العقد لذلك .

شروط جواز إلغاء البيع لوجود غبن فاحش ، يجب :

1 – أن يتعدى غبن في الثمن $\frac{7}{12}$، ويكون تقدير ذلك يوم البيع لا يوم التقاضي .

2 – أن يكون البيع لعقار لا لمنقول ؛ لأن العقار كان مهمًّا وقت وضع القانون .

3 – أن يكون الغبن وقع في ثمن البيع على البائع ، فإن غبن المشتري بزيادة الثمن فلا يكون سببًا في بطلان العقد ؛ لوجود علة نقص الإرادة في المشتري لا في البائع .

4 – أن لا يكون البيع مما لا يقع بمعرفة السلطة القضائية .

ومدة استعمال حق إلغاء البيع للغش الفاحش سنتان . ويسري ضد المرأة المتزوجة والقاصر والمحجور عليه ، ولا تقف هذه المدة مدة الخيار الذي يشترطه البائع .

وطريق معرفة الغبن الفاحش تعيين آل خبرة ثلاثة بقرار المحكمة أو باتفاق الطرفين . ومتى ثبت وجود الغبن القانوني فالمشتري بالخيار : إما قبول المشتري مع دفع الفرق مخفضًا $\frac{1}{10}$ من الثمن ، وإما تسليم العين المبيعة للبائع بعد قبض ما دفعه [1] .

بند [62] الغبن في البيع

إبطال العقد لوجود غبن فاحش

التشريع الإسلامي : الغبن : هو أن يكثر الثمن أو يقل عن معتاد العقلاء في بيعهم وشرائهم .

---

(1) انظر : البنود من 1674 إلى 1685 في الفصل الثاني ، من الباب السادس ، من الكتاب السادس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 70 – 73 .

والقاعدة : أن المغبون من المتعاقدين في البيع بائعًا أو مشتريًا يصح أن يطلب إلغاء البيع الذي حصل فيه الغبن [1] على التفصيل الآتي [2] .

وتجب التفرقة أولًا بين البائع والمشتري بالغبن ، إذا كان وكيلًا لغيره وصيًّا ، أو كان أصيلًا اشترى أو باع لنفسه .

فإن كان البائع أو المشتري بغبن وكيلًا ، أو وصيًّا رُد ما صدر منهما من بيع أو شراء حصل فيه غبن . فإن فات المبيع المغبون في ثمنه رجع الموكل والمحجور عليه على المشتري بما وقع الغبن والمحاباة به . فإن تعذر الرجوع على المشتري رجعا على البائع ، وهو الوكيل والوصي بذلك .

وإن اشتريا بغبن وفات ذلك المشتري رجع الموكل والمحجور عليه على البائع بما وقعت المحاباة والغبن به . فإن تعذر الرجوع على البائع رجعا على المشتري وهو الوكيل والوصي . والمراد بالغبن في بيع وشراء الوكيل والوصي ما نقص عن القيمة نقصًا بينًا ، أو زاد عليهما زيادة بينة ، وإن لم يكن الثلث .

وإن كان المغبون أصيلًا اشترى أو باع لنفسه فَغُبِن فحصل خلاف بين الفقهاء ، فقال بعضهم : « لا رد بغبن ولو خالف العادة » ، وهو قول ابن رشد . وقال بعضهم : « يجب الرد بالغبن إذا زاد عن الثلث ، وهو قول ابن القصار [3] .
والمعول عليه أن الغبن فيه التفصيل الآتي :

أولًا : المغبون في البيع والشراء ، كيِّس حصيف ، يباشر البيع والشراء في الأسواق ، لا رد بغبنه على القول الصحيح في المذهب ، ولو خالف الغبن العادة .

---

(1) قاعدة : المغبون من المتعاقدين في البيع بائعًا أو مشتريًا يصح أن يطلب إلغاء البيع الذي حصل فيه الغبن .

(2) يقول ابن رشد : « .. وهي البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر ، والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه : إما من جهة الجهل بتعين المعقود عليه ، أو تعيين العقد ، أو من جهة الجهل بتعين الثمن والمثمون في البيع ، أو بقدره ، أو بأجله إن كان هناك أجل .. » راجع التفصيل في بداية المجتهد جـ 2 ص 148 ص 149 . وقد تناولت موضوع الغبن والتغرير المواد 532 – 536 من مرشد الحيران والمواد 356 – 360 من المجلة العدلية .

(3) علي بن عمر أحمد البغدادى بن القصار . حدث عن علي بن الفضل الستوري وغيره . روى عنه : أبو ذر الحافظ ، وأبو الحسين بن المهتدي بالله . وكان من كبار تلامذة القاضي أبي بكر الأبهري يذكر مع أبي القاسم الجلاب . قال القاضي عياض : كان أصوليًا نظارًا توفي سنة 397 هـ .
سير أعلام النبلاء 58/13 ، 59 ، تاريخ بغداد 41/12 شذرات الذهبي 149/3 .

ثانيًا : المغبون جاهل بالثمن أو المثمن وطلب من صاحبه أن يبيعه ، كما يبيع الناس أو يشتري منه كما يشتري من الناس ، وبعد البيع أو المشترى تبين أن الثمن مبالغ فيه عن العرف ، أو ناقص كذلك فللمغبون الرد بالاتفاق .

وقال العلامة المتيطي ، قال بعض البغداديين :إن زاد المشتري في المبيع على قيمته الثلث فأكثر فسخ البيع وهو ($\frac{4}{12}$) ، وكذا إن باع بنقصان الثلث من قيمته فأعلى ($\frac{4}{12}$) إذا كان جاهلًا بما صنع ، وبهذا أفتى المازري [1] وابن عرفة والبرزلي وابن عاصم [2] ، وهو ما جرى العمل عليه بفاس .

ثالثًا : المغبون استأمن من باعه أو من اشترى منه ، وهو يجهل القيمة الحقيقية بأن قال أحدهما للآخر : ما قيمته لأشتري بها أو لأبيع بها ؟ فيقول له : « قيمته كذا » والحال أنه ليس كذلك ، فللمغبون الرد قطعًا ، حتى قال بعض العلماء : ولو كان أقل من الثلث فشروط الرد بالغبن هي :

1 - جهل المغبون بما فعل أو استئمانه لمن غبنه .

2 - أن يكون الغبن الثلث فأكثر .

وكما يقع الغبن في العقار يقع في المنقول ؛ لأن العلة في نقض البيع واحدة فيهما ، وهو رفع ضرر الغبن عمن وقع عليه ، وعدم تمكين الناس من اغتيال بعضهم البعض باسم البيع .

وكما يقع الضرر في الغبن على البائع يقع على المشتري ، والعلة رفع الضرر عن المتضرر ، فيجب عدلًا عدم التفرقة بين البائع والمشتري في جواز نقض البيع للمتضرر منهما . ومدة استعمال حق الرجوع في الغبن سنة من تاريخ حصوله ، وتسري هذه المدة من اليوم التالي للعقد .

---

(1) هو أبو عبد اللّه بن محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المازري كان بصيرا بعلم الحديث ، وحدث عنه : القاضي عياض ، وأبو جعفر بن يحيى القرطبي الوزغي وأخذ عن : اللخمي ، وأبو محمد السوسي . قال عنه القاضي عياض : المازري يعرف بالإمام ، وهو آخر المتكلمين من شيوخ إفريقية بتحقيق الفقه ورتبة الاجتهاد ودقة النظر . مؤلفاته : إيضاح المحصول ، شرح كتاب « التلقين شرح الإرشاد » توفي 563 هـ سير أعلام النبلاء 567/14 . وفيات الأعيان 615/1 الوافي 151/4 .

(2) هو قاضي الجماعة ، أبو يحيى محمد بن أبي بكر محمد بن عاصم ، المحقق ، الحافظ . أخذ عن والده وعمه وغيرهما . له تآليف ، منها : شرح تحفة والده ، والروض الأريض في تراجم ذوي السيوف والأقلام والقريض . شجرة النور الزكية ص 248 ، 249 .

ويعرف الثمن الحقيقي بتقدير آل الخبرة ، ولا فسخ إلا بحكم إلا إذا تراضى الطرفان على إصلاح هذا الغبن فيما بينهما .

بند [63] بعض بيوع خاصة

القانون الفرنسي :

أولًا : البيع بالمزاد : وهو بيع أملاك بالمزاد العلني يملكها أكثر من واحد لتوزيع ثمنها المتحصل من البيع حسب نصيب كل . ويكون هذا في حالتين :

أولًا : متى كان الشيء المبيع ليس سهل القسمة في طبيعته بين الشركاء .

ثانيًا : متى كان في القسمة الاتفاقية أعيان امتنع عن قبولها بعض المتقاسمين .

شكل البيع بالمزاد :

متى كان الشركاء أهلًا للتصرف في أملاكهم ، واتفقوا ، عملوا ما يروق لهم . وإن كان فيهم قصر أو محجور عليهم ، أو لم يتفقوا فيما بينهم تعمل المزايدة المنصوص عليها في قانون المرافعات .

دخول الأجانب في المزايدة :

قبول الأجانب في المزايدة ضروري في موضعين :

1 - متى طلبها أحد الشركاء .

2 - متى كان أحد الشركاء قاصرًا أو محجورًا عليه .

صفة البيع بالمزايدة ونتائجه :

إن كان من رسى عليه المزاد أجنبيًّا اعتبر هذا بيعًا ينقل به التكليف . وإن كان أحد الشركاء اعتبر كالقسمة ، ففي الأجنبي يكون مرسى المزاد ناقلًا للتكليف ، وفي أحد الشركاء يكون مظهرًا للملكية .

ثانيًا بيع الميراث :

يجوز بيع الميراث من وقت استحقاقه أي من يوم وفاة المورث لا قبله ، فلا يجوز ولو قبل نفس المورث ذلك .

التزام الضمان : يجب على بائع الميراث أن يضمن شيئين :

1 - وجود الميراث المبيع .

2 - وأنه وارث ، وهو ضمان الحق ، ويمكن اتفاق الطرفين على ما يخالف ذلك .

نتائج بيع الميراث : بين الطرفين والشخص الثالث ، بيع الميراث لا يخرج البائع من وصف كونه وارثًا ، فلا تنتقل إلى المشتري حصته ، ويمكن لورثة المتوفى مقاضاته كوارث دون من اشترى منه إلا بطريق (اكسيون إبليك) وبين الطرفين يعتبر المشتري ، كأنه هو الوارث في استحقاق كل ما يعود إلى البائع الوارث ، فيسلمه كل شيء حتى الثمرات .

ثالثًا : بيع الحق المتنازع فيه :

يوجد حق متنازع فيه متى أدى الأمر إلى التقاضي ، لإثبات حق منكور أو متنازع فيه .

وهو جائز قانونًا لكنه ملحوظ فيه الكراهية ؛ لأن المشرع يعمل دائمًا على قطع النزاع بين الخصوم وفي هذا البيع إحياء للخصومة .

سحب الخصومة :

ويتحقق في سماح القانون للشخص الذي بيعت الخصومة ضده ، أن يسحب الخصومة ممن اشتراه نظير دفع ما دفعه من الثمن لبائعها .

وهذه القاعدة تصيب القاعدة العامة من حرية التعاقد ، وعدم التأثير على أحد الطرفين المتعاقدين ، في نزع حق الخصومة ممن اشتراها نظير ما دفعه ، ويرجع أصل هذا التشريع إلى القانون الروماني .

شرط استعمال سحب الخصومة :

لأجل أن يستعمل المبيع ضده الخصومة حقه في سحبها يجب أن يدفع :

1 - الثمن الحقيقي للتنازل .

2 - المصاريف ، والنفقات لعمل عقد المشتري .

3 - فائدة الثمن من تاريخ دفعه إلى البائع .

وسحب الخصومة يرجع للماضي ، فيعتبر من سحَبها هو الذي تعامل أولًا ، وبالذات مع بائع الخصومة .

بعض حالات تمنع فيها سحب الخصومة :

لا يجوز سحب الخصومة فيما يأتي :

1 - إذا تنازل بعض الورثة إلى بعض عن خصومته ، أو بعض الشركاء فليس لمن ضده الخصومة المبيعة استعمال حقه في سحب الخصومة ؛ لأن الورثة والشركاء سواء في حق الخصومة .

2 - إذا تنازل صاحب حق الخصومة إلى دائنه سدادًا لدينه ، فليس لمن بيعت ضده الخصومة مشتراها ؛ لأن المتنازل له لم يرد نزاعًا ولا تجارة إنما أراد المحافظة على حقه [(1)] .

بند [64] البيع بالمزاد

التشريع الإسلامي : البيع بالمزايدة يكون بالاتفاق بين الشركاء أو المتقاسمين ، ويكون مراعاة للمصلحة العامة ، فيباع بالمزاد العام [(2)] .

أولًا : كل ما لا ينقسم بين الشركاء أو الورثة ، ولم يقع في حصة واحد منهم جميعه ، فيباع بالمزايدة ، ويقسم ثمنه بينهم كل حسب نصيبه ، وكذا كل ما تفسده القسمة أو تنقص قيمته .

ثانيًا : مال عديم الأهلية إذا باعه غير الأب مستور الحال ، فإن كان الأب فاسقًا أو مضياعًا ، أو غير أمين تعين البيع بطريق المزايدة .

ثالثًا : مال المفلس الذي حكم القاضي بإفلاسه بعد أن ثبت أن الدين أحاط

(1) انظر : البنود من 1686 إلى 1688 في الباب السابع ، من الكتاب السادس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 73 .

(2) تناولت أحكام بيع المزايدة المواد 99 مدني مصري ، 100 مدني سوري ، 89 مدني عراقي ، 103 مدني أردني ، ونصها : لايتم العقد في المزايدات إلا برسو المزايدة ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ، ولو وقع باطلا ، أو بإقفال المزايدة دون أن يرسو على أحد ، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام القوانين الأخرى . ومن أحكام بيع المزايدة إلزام صاحب العطاء الأزيد بالبيع إذا رضيه البائع ، فقد جاء في مواهب الجليل 237/4 أن « كل من زاد في السلعة لزمته بما زاد فيها إن أراد صاحبها أن يمضيها له » ، وإنما يلزمه عند المالكية بناء على رأيهم في لزوم الإيجاب ويسقط الإيجاب بتقديم عطاء آخر ، لانتهاء الإيجاب بالإعراض عنه ، ولا يلزم البائع أن يقبل العطاء الأعلى ، فمن حقه رفضه لأنه لا يجبر أحد على بيع ملكه . انظر : بدائع الصنائع 232 وما بعدها وتبيين الحقائق للزيلعي 67/4 وفتح القدير 239/5 والمهذب 291/1 وبداية المجتهد 139/2 .

بماله ، فيباع ماله بطريق المزايدة .

ويدخل في المزايدة ويشتري ما يباع بها كل شخص إلا ما كان في مشتراهم شبهة المحاباة . وقد سبق بيان ذلك عند ذكر الأشخاص الممنوعين من المشترى مراعاة للمصلحة العامة ، فارجع إليه إن شئت .

فإن كان المشتري أجنبيًا فالمزاد بيع لمن أعطى أزيد . وإن كان شريكًا فقد تملك بها نصيب الآخرين . فعلى كل حال المزايدة بيع ناقل للملكية من المالك الحقيقي إلى من رسى عليه المزاد .

وبيع المزاد العلني لا خيار فيه بعيب ، إلا إذا كان يعلم من أجرى المزاد بهذا العيب ولم يظهره للمشتري فهو غاش ، فلمن اشترى الخيار كما سبق بيانه في بيع الحاكم .

ثانيًا : بيع الميراث : يشترط في صحة البيع ولزومه أن يكون البائع مالكًا للمبيع ، وأن يكون المبيع معلومًا وقت البيع مقدورًا على تسليمه [1] . وعلى هذا فحصة الوارث قبل استحقاقه في التركة بوفاة المورث ليست مملوكة للوارث وليست معلومة ، ولا يمكنه تسليمها ؛ لأنها مملوكة للمورث [2] ، وهو لا زال حيًا فضلًا عن أنه يجوز أن يموت المورث بدون ميراث ، كأن يبيع أملاكه أو يفلس إلخ ، فلا يصح بيع الميراث قبل استحقاقه ، ولو قبل نفس المورث ؛ لأن البطلان راجع لنفس العقد لا إلى المورث .

---

(1) من شروط صحة المعقود عليه قدرة على تسليمه لا طير في الهواء ، ولا وحش في الفلاة ، وعدم جهل به فلا يصح بيع مجهول الذات ، ولا القدر ، ولا الصفة . الشرح الصغير (4/3) .

(2) جاء في المدونة الكبرى : قلت لعبد الرحمن بن القاسم : أرأيت لو أني بعت موروثي من هذه الدار ، ولم أسم ما هو أخمس ، أم عشر ، أم ربع ، أم نصف أيجوز هذا البيع ؟ قال ابن القاسم : لا خير في هذا البيع عند مالك . المدونة الكبرى (241/4) . ويبطل التعامل في تركة شخص ما يزال على قيد الحياة في الفقه الإسلامي ، سواء بالبيع أو المقايضة أو الشركة ، ولو رضي صاحبها بهذا التعامل ، لأن « المعقود عليه غير معلوم علما نافيا للجهالة » ، فإن التركة هي ما يخلفه الإنسان بعد موته ، وتتجدد عناصرها بالإضافة والنقص طالما بقي على قيد الحياة . ولا يحق لهذا أن يبيع أحد ما قد يئول إليه من تركة أحد أقربائه ، لجهالة المبيع وعدم تعينه . نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، دراسة فقهية مقارنة ، للدكتور محمد سراج ص 131 . ويمتنع كذلك عند جمهور الفقهاء بيع الصدقة والهبة قبل قبضهما ، لعدم لزومهما إلا بالقبض ، وكذا الغنيمة قبل القسمة ، وذلك لعدم ثبوت ملك البائع في المبيع . وخالف في هذا المالكية ورأوا صحة بيع الموهوب قبل قبضه من الواهب ، كما رأوا جواز بيع الفقير الصدقة الموعود بها قبل قبضها . ويتفق هذا مع رأيهم في لزوم الهبة بالعقد لا بالقبض . انظر : بدائع الصنائع 123/6 والجمل على شرح المنهج 598/3 والقوانين الفقهية 170 وما بعدها وحاشية الدسوقي 151/3 وما بعدها .

وأما بيعه بعد استحقاقه فهو صحيح . وأما هبته فمن وهب ميراثه بعد موت مورثه لزمه [1] بلا خلاف ، وإن وهبه في حال مرض مورثه الذي مات فيه لزمه على الأقوى . وقيل بعدم اللزوم . وإن وهبه في حال صحته فقولان باللزوم وعدمه . والفرق بين الهبة والبيع أن الهبة لا يشترط فيها ما يشترط في البيع لابتنائها على التسامح بخلاف البيع ، فهو مبني على المشاحة من الجانبين وفيه عوض متقابل .

وصحة بيع الميراث بعد استحقاقه تعتمد على ثبوت إرث ، وعلى أن هناك موروثا ، وهذا لا يخرج عن كونه شرطًا من شروط البيع العام .

ولدائني المورث منعه من بيع نصيبه في ميراثه من مدينهم ، حتى يتم دفع ديونهم . فإن لم يدفع وباع نصيبه كان لهم نقض البيع فهم أولى بأموال مدينهم من مورثه حتى يتم دفع ديونهم من المشتري من هذا الوارث ؛ لأنه لا تركة إلا بعد سداد الدين عن المورث .

ويعتبر المشتري (المتخارج له) كأنه الوارث في جميع حقوق التركة ، متى كان البيع على جزء كربع أو ثمن في التركة بلا تفصيل . فإن كان لشيء معين من التركة ، كفدان أو منزل خص البائع أو ربع منزل مثلًا فهو بيع وشراء حقيقي (لا تخارج في التركة) فحق المشتري كأي مشتر آخر [2] .

ثالثًا : بيع الحق المتنازع فيه ، أو بيع ما فيه خصومة : لا يجوز بيع ما فيه خصومة ، ولا الإقدام على مُشْتَرَى حقٍّ فيه خصومة . وفي الواقع بيع ما فيه خصومة : هو بيع التزام على شخص لآخر وجب عليه أداؤه ولم يؤده ، أو بيع مديونية شخص آخر قَبِل الحلول محله في التقاضي والمشاكسة ، وهو ممنوع شرعًا ، فإن اطلع عليه فسخ وأدب فاعله [3] .

---

(1) قاعدة : من وهب ميراثه بعد موت مورثه لزمه .

(2) يقول الدردير : « ولا يخلو من هو عليه دين من كونه ميتا ، أو حيا ، أو حاضرًا ، أو غائبا فقال : « وشرط صحة بيع الدين ، حضور المدين » ، وذلك يستلزم حياته وإقراره به لا إن لم يقر ولو ثبت بالبينة ؛ لأنه من بيع ما فيه خصومه » .. الشرح الصغير 35/3 .

(3) جاء في الشرح الصغير في البيوع المنهي عنها : ذكر منها بيع كل ما فيه خصومة أي في تسليمه لمشتريه بأن يتوقف تسليمه له على منازعة كبيع مغصوب ، أو مسروق ، أو نحو ذلك تحت يد غير مالكه البائع له . الشرح الصغير (32/3) .

وقد نص على أنه يمنع شراء دين من ربه عنتا بالمدين ، ورُدَّ . فإن فات الثمن بيد بائعه رُدَّ مثله أو قيمته . فإن تعذر الرد بموت رب الدين أو غيبته تولى الحاكم قبض الدين من المدين بالمعروف ، ودفعه للمشتري عنتًا ومنعه من التسلط عليه .

فلا يمكن مشتري الخصومة من الشراء ، فإن اشترى وجب الرد . فإن لم يمكن الرد فلا يمكّن من المدين إطلاقًا بل الذي يتولى القبض والسداد الحاكم . على أن المدين لا يدفع للمشتري أزيد مما دفعه ، بل بما أداه عنه ؛ لأنه كالسلف إن ثبت الأداء بإقرار صاحب الحق أو ببينة [1] .

وقد ذهب المشرع الإسلامي أزيد من هذا محافظة على المدين وإبعادًا للناس عن المشاحنات والبغضاء ، فاشترط في صحة بيع الدين حضور المدين وحياته وإقراره به ، ولو كان الحق ثابتًا بالبينة ؛ لأنه حينئذ بيع ما فيه خصومة وبيع ما فيه خصومة لا يجوز ، فلا يجوز شرعًا بيع دين الميت ولا دين الغائب ، ولا دين حاضر لم يقر به لما في ذلك من بيع ما فيه خصومة ، ويشترط أيضًا أن لا يكون بين المشتري وبين المدين عداوة [2] .

ولاستعمال حق سحب الخصومة يجب على المدين أن يثبت أن الحق متنازع فيه ، أو أن هذا الشخص يريد الإضرار به بهذا الشراء أو أنه أقام نفسه لمشْتَرَى الخصومات ، ولا مصلحة له في ذلك ولا علاقة . ويجب على القاضي بعد إثبات ذلك منْعُه من هذا والحكم بالرد . فإن فات الثمن رد مثله أو قيمته . فإن تعذر تولى الحاكم نفسه قبض الدين من المدين بالمعروف ، ودفعه للمشتري عنتا ومنعه من التسلط عليه . فيدفع له ما دفع وما تكلف من مصاريف ضرورية فقط ، وينسحب أثر إبطال عقد

(1) يقول الدردير : « بيع الدين بدين لغير من هو عليه كبيع ما على غريمك بدين في ذمة رجل ثالث . وأما بيعه بمال أو بمعين يتأخر قبضه ، أو بمنافع معيَّن فلا يمنع . وكذا بيع الدين بالدين كتأخير رأس مال السلم أكثر من ثلاثة ، فإنه ممنوع لما فيه من ابتداء دين بدين » . الشرح الصغير جـ 3 ص 35 .

(2) وشرط صحة بيع الدين حضور المدين ، وذلك يستلزم حياته ، وإقراره به ، لا إن لم يقر ، ولو ثبت بالبينة لأنه من بيع ما فيه خصومة ، وتعجيل الثمن ، وإلا كان بيع دين بدين ، وهو ممنوع ، وكون الثمن من غير جنس الدين أو بجنسه في غير العين ، واتحدا قدرًا وصفة ، لا إن كان أقل لما فيه من قليل في كثير ، وهو سلف بمنفعة ، وليس الدين ذهبًا بفضة ، وعكسه لما فيه من الصرف المؤخر ، ولاطعام معاوضة ، وإلا لزم بيع طعام المعاوضة قبل قبضه ، وقد ورد النهي عنه . ولا يصح بيع دين ميت لأنه من بيع ما فيه خصومة ، ولا دين غائب ، ولا دين حاضر لم يقر به . الشرح الصغير (35/3 ، 36) .

الشراء إلى الماضي ؛ لأنه عقد منهي عنه شرعًا فيقع باطلًا .

وأما تنازل بعض الورثة إلى بعض عن خصومته فهذا لا يجوز إذا كان بين المتنازل له والمدين عداوة ، وكذلك الشركاء ، وكذلك الحكم في التنازل عن الخصومة سدادًا لدينه ، فالعلة وجود الخصومة والعداوة ، فإن وجدت منع البيع وإلا فلا .

بند [65]

الكتاب الثاني

الإيجار

القانون الفرنسي : الإيجار : عقد يشمل ثلاثة أنوع :

1 - إيجار شيء . 2 - إيجار عمل . 3 - إيجار خدمة .

إيجار شيء :

وهو عقد يتعهد فيه شخص لآخر بتمكينه من الانتفاع بشيء معين نظير دفع مبلغ من المال ؛ فالأول مؤجر ، والثاني مستأجر ، والعين المنتفع بها مؤجرة والمبلغ المدفوع أجر .

فالإيجار كالبيع يتحقق بعقد فيه التزام من الجانبين بمقابل . ويختلف البيع عن الإيجار في أن البيع عقد ناقل لملكية الشيء المبيع من أملاك البائع إلى أملاك المشتري نهائيًا بخلاف الإيجار فهو عقد إدارة ملك الغير على أن تكون ثمرة الإدارة للمدير نظير أجر يدفعه للمالك فلا تنتقل الملكية به .

ويختلف البيع أيضًا عن الإيجار في أن عقد البيع ينعقد مرة واحدة في وقت واحد باستلام العين المبيعة بخلاف الإيجار ، فتنفيذه يقتضي التتابع في استيفاء المنفعة فقط دون العين .

أنواع الإيجار المختلفة للشيء :

إيجار الشيء يظهر في عدة أشكال :

1 - إيجار المنازل . 2 - إيجار الحقول .

3 - إيجار المزرعة . 4 - إيجار الحكر لمدة طويلة .

5 - إيجار حفظ الدواب وإطعامها والاعتناء بها .

أولًا : **دليل الإيجار** : فصل القانون بين حالتين :

الأولى : أن لا يكون عقد الإيجار قد ابتدأ تنفيذه .

الثانية : أن يكون عقد الإيجار قد ابتدأ تنفيذه .

الحالة الأولى : أن لا يكون عقد الإيجار قد ابتدأ تنفيذه ، حيث منع القانون الدليل

الشفوي (الشهادة) متى حصل نزاع قبل النفاذ مع وجود العقد أو عدم وجوده ؛ فقد حرم القانون تقديم دليل البينة على وجوده حتى ولو كانت قيمته أقل من 150 فرنكًا ، ولكن تقبل الأدلة الأخرى كالحقوق العامة ، فيوجه اليمين لمن أنكر العقد ، ويعتبر الإقرار أمام القضاء حجة في الإثبات ، ويصح اعتبار ابتداء الدليل الكتابي كسند تقام بعده بينة الشهود .

الحالة الثانية : الإيجار ابتدأ تنفيذه ، ولكن الخلاف حصل في الثمن مثلًا ، فلا تقبل البينة أيضًا بشهادة الشهود ، ولكن يجوز توجيه اليمين إلى المؤجر ، كما يجوز للقاضي توجيهها للمستأجر ، ويجوز للمستأجر طلب آل خبرة لتقدير قيمة الإيجار ، وتقبل بقية الأدلة كما في الصورة الأولى .

ثانيًا – التزامات المؤجر :

المؤجر ملزم بثلاث التزامات أساسية :

أولًا : تسليم الشيء المؤجر إلى المستأجر في حالة صالحة للاستعمال من جميع الوجوه ، فيجب عليه عند تسليم العين المؤجرة القيام بالإصلاحات اللازمة التي يجب على المستأجر القيام بها مدة الإيجارة .

ثانيًا : يجب أن يكون الشيء المؤجر في حالة جيدة يمكن استيفاء منفعته مدة الإيجارة ، فالمؤجر ملزم بكل عيب أو نقص يمنع أو يقلل استغلال العين المؤجرة ، ويلزمه إصلاحه ، وإلا لزمه التعويض للمستأجر .

ثالثًا : يجب على المؤجر تمكين المستأجر بهدوء من استيفاء المنفعة ، فلا ينازعه في التمتع ، ولا يترك غيره ينازعه في ذلك .

مسألة الخسارة : إذا فقد أو تلف الشيء المؤجر كلًّا أو بعضا فعلى من تقع الخسارة ؟

إذا فقد أو تلف الشيء المؤجر كلية انفسخ عقد الإيجار ، وكانت الخسارة على حساب المؤجر . فإن تلف أو عدم بعض من الشيء المؤجر فالمستأجر بالخيار في حل العقد أو طلب نقص قيمة الإيجار المقررة على الكل بنسبة النقص ، وليس على المؤجر أي تعويض في كلتا الحالتين ، لأن التلف حصل بغير فعل المؤجر .

ثالثًا : التزامات المستأجر :

يلزم المستأجر بشيئين أساسيين :

أولًا : استعمال الشيء المؤجر برفق وعناية ، كأب العائلة ، فلا يغير ما خصص له الشيء

المؤجر ولا يحدث أي تلف به ، وعليه التصليحات المحلية الضرورية ، فإذا غير تخصيص الشيء المؤجر بأن جعل محل السكن ورشة أو محل تجارة فللمؤجر فسخ العقد .

فإذا تلفت العين المؤجرة لسوء استعمال المستأجر ، فهو الضامن إلا إذا ثبت أن التلف حصل بقوة قاهرة لا قبل لدفعها .

ثانيًا – دفع قيمة الإيجار :

وهذا الالتزام يتكون من شيئين :

1 – دفع قيمة الإيجار نفسه ، وهو كل ثلاثة أشهر ، إلا لشرط مخالف أو مقدمًا بشرط أيضًا .

2 – فرش منزل السكنى بمنقول يضمن الإيجار ، وإلا جاز إخراجه إلا إذا أحضر ضامنًا مقتدرًا لدفع قيمة الإيجار .

وعند حصول حريق للعين المؤجرة فالمستأجر ضامن ؛ لأنه ملزم برد العين المؤجرة كما تسلمها . ومتى حرقت انعدم الرد فعليه إثبات أن الحريق حصل بقوة قاهرة لا دخل له فيها ، وذلك بأحد أمور ثلاثة :

1 – أن الحريق حصل بغير فعله ولا إرادة له في ذلك ، كصاعقة من السماء .

2 – أن الحريق حصل لنقص في بناء المنزل ، كتشقق مدخنة البيت فشب الحريق .

3 – أن الحريق انتقل من منزل مجاور .

ولا يكفي في عدم مسئولية المستأجر إثبات أنه لم يشعل النار لا هو ولا من يعول في عائلته . وإن حرق منزل وبه عدة مساكن فالضمان حسب قيمة إيجار كل واحد منسوب إلى المجموع . ولكل واحد إثبات مسئولية الآخر من أنه أساس الحريق ، أو أنه حصل من جار ولا قدرة لهم على دفعه .

رابعًا – طبيعة حق المستأجر :

هل حق المستأجر على العين المؤجرة حق عيني أو حق دَيْني شخصي ؟ خلاف ، ويترتب على هذا الخلاف نتائج هامة :

1 – إذا كان حق المستأجر عينيًا لزم أن يكون له دعوى خاصة ضد الغير للاعتراف بحقه ، كالمنتفع المستغل . فإن كان حقه دَيْنيا شخصيًا فليس له إلا دعوى ترفع ضد المؤجر ليمنع تعرض الغير له في استيفاء المنفعة .

2 – إذا كان حق المستأجر عينيًّا ، فلا يعارضه الحكم الصادر الذي حاز قوة الشيء المقضي فيه ضد المؤجر ، فإن كان حقه شخصيًّا فهذا الحكم يعارض المستأجر .

3 – إذا كان حق المستأجر عينيًّا فالمشتري للعين المؤجرة يكون ملزمًا بعدم التعدي على هذا الحق مع تركه يستوفي حقه ، فإن كان حقًّا شخصيًّا فيكون مجبرًا بتمكينه من الاستغلال .

4 – إذا كان عقد الإيجار يعطي المستأجر حقًّا عينيًّا وجب رفع الدعاوي الخاصة به أمام محكمة العقار خصوصًا إلغاء العقد ، وإن كان حقًّا شخصيًّا ، وجب أن يكون في محل إقامة المدعى عليه .

والرأي السائد والمقبول قانونًا هو أنه حق دَيْنِيّ شخصي .

حق المستأجر : هل هو حق منقول أو عقار ؟ خلاف مبناه الخلاف السابق ، فإن كان حقه عينيًّا فهو عقار ، وإن كان دينيًّا فهو منقول [1] .

بند [66] الإيجار

التشريع الإسلامي :

عقد الإيجار [2] : هو تمليك منافع شيء مباحة مدةً معلومةً بعوض [3] ، ولا مانع من مجاراة التقسيم الوضعي في تنوع عقد الإيجار بالنسبة لموضوع العقد ، وهو إيجار شيء ، وإيجار عمل ، وإيجار خدمة [4] ؛ لأنه قد نص على أحكامه وإن كانت غير مرتبة .

---

(1) انظر : البنود من 1708 إلى 1762 في البابين الأول والثاني من الكتاب الثامن ، المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 77 – 88 .

(2) يقول الدردير : « الإجارة عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض بما يدل على تمليك المنفعة » . الشرح الصغير جـ3 ص 298 .

(3) تناولت المادة 558 من القانون المدني المصري تعريف الإجارة ، ونصها : الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم .

وهو ما تناولته المادة 658 من التقنين الأردني ، والمادة 722 من التقنين العراقي ، والمادة 561 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية 193 ، 194 .

(4) يقترب هذا التقسيم من تقسيم الحنابلة للمنفعة المعقود عليها في الإجارة عندهم ؛ لأنها إما أن تكون إجارة عين معينة لمدة محددة ، وإما أن تكون إجارة عين موصوفة في الذمة ، أو إجارة عمل في الذمة في محل معين أو موصوف . وفرقوا في هذا بين نوعين من الإجارات ، الأول : استئجار العامل مدة لعمل بعينه ، والآخر استئجاره على عمل معين في الذمة ، كخياطة ثوب . انظر المغني 8/6 وكشاف القناع 469/3 .

إيجار الشيء . والمراد بالشيء : ما يقابل العمل والخدمة ، فيشمل إيجار العقار (منازل ، حوانيت إلخ) ، وإيجار الحقول أرض الزراعة ، ويدخل فيها المزارعة ، (وإن كانت لها أحكام خاصة كما يأتي) ، ويدخل فيها الحكر ؛ لأنه ما كان لمدة طويلة . أما إيجار حفظ الدواب وإطعامها والاعتناء بها فهو من قبيل إيجار الخدمة .

والإيجار كالبيع في أن شرط صحته تمييز المتعاقدين (مؤجر ومستأجر) وشرط لزومه التكليف . ولوجود عقد الإيجار يجب وجود عاقد أهلًا للتعاقد ، وأجر ، ومنفعة ، وصيغة (وإن معاطاة من الجانبين) [1] .

والإيجار محله المنفعة لا العين المؤجرة ، فلا يملك المستأجر منها إلا منفعتها مع بقاء ملكيتها على المؤجر [2] ، واستيفاء المنفعة إنما يكون لحظة فلحظة تبعًا لوجودها وتمتع المستأجر بها ، فمستأجر البيت شهرًا يستوفي منفعة المنزل بالمبيت به شيئًا فشيئًا لنهاية الشهر مثلًا .

دليل الإيجار : يقام دليل الإيجار ككل دعوى مالية ، أي يثبت بالدليل الكتابي ، أو الشهادي مهما كانت قيمة الإيجار ؛ فشهادة الشهود غير محدودة ، كما سبق ذلك في الشهادة . فمدعي الإيجار أو الاستئجار عليه إثبات دعواه بأي دليل من الأدلة الشرعية . فإن لم يكن هناك دليل ففيها التفصيل الآتي :

أولًا : اختلفا في وجود إيجار أو عدم وجوده ، أو اختلفا في الأجر والمسافة ، ولم يكن تم النقل ولا ابتدئ في العمل فإن حلفا فسخ العقد . ويبدأ المؤجر فيحلف على صدق دعواه ، ونفي دعوى صاحبه ، فإن حلفا فسخ العقد ، وإن نكل أحدهما عن اليمين قضي عليه للآخر .

---

(1) أركان الإجارة أربعة :

الأول : عاقد من مؤجر ومستأجر كالبيع فشرط صحتها العقل ، والطوع ، وشرط اللزوم التكليف ، والرشد ، فالصبي المميز يتوقف لزوم إجارته لنفسه ، أو ماله على إذن وليه ، ومثله العبد ، وكذا السفيه في سلعة ، فإن أجر نفسه فلا كلام لوليه إلا إذا حابى ، ولا تصح من مجنون ومعتوه ، ومكره .

الثاني : صيغة كالبيع فتنعقد بما يدل على الرضا ، وإن معاطاة .

الثالث : أجر كالبيع من كونه طاهرا ، منتفعا به مقدورًا على تسليمه ، معلوما ذاتا وأجلًا ، أو حلولًا .

الرابع : منفعة ، وهي المعقود عليها . الشرح الصغير (298/3 ومابعدها) . وانظر تعريف الإجارة في حاشية ابن عابدين 2/5 والبدائع 333/6 والمبسوط للسرخسي 74/15 وحاشية الدسوقي 2/4 وبداية المجتهد 251/2 والمهذب 395/1 ونهاية المحتاج 260/3 .

(2) قاعدة : الإيجار محله المنفعة فلا يملك المستأجر من العين إلا منفعتها مع بقاء ملكيتها على المؤجر .

ثانيًا : اختلفا في الأجر والمسافة بعد سير كثير أو بلوغ الغاية :

فالقول للمستأجر إن أشبه فقط ، كأن استأجر زيد دابة أو عربة لمدينة بنها من القاهرة ، فقال صاحب الدابة ، أو سائق العربة : الإيجار إلى بنها ثلاثة جنيهات ، وقال الراكب : جنيه ونصف . فقال السائق : إن أصل الإيجار بهذا المبلغ إلى بلدة طوخ فقال : لا بل إلى بنها ، فقد اختلفا في الأجر ، و المسافة ، ولا بينة لأحدهما ، فالقول للمكتري ، وهو الراكب بيمينه إن أشبه قوله العرف بأن كانت الأجرة في المعروف إلى بنها 150 قرشًا مائة وخمسين قرشًا ، ولزم السائق الذهاب به إلى بنها بهذا المبلغ . فإن حلف السائق على ما ادعاه كان له حصة المسافة على ما ادعاه المكتري ، وهو من طوخ إلى بنها في قيمة هذا الأجر 150 قرشًا صاغًا ، فتزاد على 150 قرشًا صاغًا .

ثالثًا : اختلفا في المسافة فقط فالقول للمكتري إن أشبه قوله فقط دون المكتري انتقد أم لا أو أشبها معًا ، وانتقد المكري الكراء لترجيح جانبه بالنقد ، وإن لم ينتقد حلف المكتري ولزم المكري ما قال المكتري من بقية المسافة إلا أن يحلف على ما ادعى بعد حلف المكتري فله حصة المسافة التي ادعاها ، وفسخ الباقي وإن لم يشبها معًا بعد السير الكثير أو بلوغ الغاية النهاية حلفا وفسخ بكراء المثل فيما مشى [1] . وفي هذه المسائل وما شابهها تفصيل عظيم في آخر باب الإجارة في كتب الفقه فليرجع إليه من شاء ، والمنصوص عليه أن البينة تقبل في إثبات الحق المالي ، ومنه الإجارة سواء بدئ في تنفيذ عقد الإيجار أم لا .

التزامات المؤجر :

يجب على المؤجر تسليم العين المؤجرة كما رآها المستأجر أو وصفت له ، بشرط أن تكون صالحة لاستيفاء المنفعة المؤجرة لأجلها [2] . كما يجب أن تكون العين

(1) تفصيل المسألة في بداية المجتهد لابن رشد حيث عقد فصلًا عن اختلاف المتكارين في الدواب ، والرواحل قال فيه : ومن مسائل المذهب المشهورة اختلاف المتكارين في الدواب ، وفي الرواحل ..... بداية المجتهد (234/2 ، وما بعدها) ، المدونة الكبرى (384/4) .

(2) تناولت المادة 564 من القانون المدني المصري التزام المؤجر ، ونصها : « يلتزم المؤجر أن يسلم العين المؤجرة ، وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تفي بما أعدت له من المنفعة وفقًا لما تم عليه الاتفاق ، أو لطبيعة العين » . وتتفق في حكمها مع المادة 677 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 197 . ويتفق هذا الحكم مع ما جاء في المواد 523 ، 582 ، 584 من مجلة الأحكام العدلية ، والمواد 574 ، 575 ، 576 ، 624 من مجلة الأحكام الشرعية (على المذهب الحنبلي) والمادة 632 من مرشد الحيران .

المؤجرة صالحة للاستعمال مدة الإجارة ، وإلا فسدت الإجارة . فإذا كانت دارًا جديدة جاز إيجارها ثلاثين سنة أو أرضًا مأمونة الري كذلك مثلًا . ولكن الدار القديمة التي لا يظن أن تعيش عشرين سنة لا يجوز إيجارها ثلاثين سنة ؛ فيجب إذًا مراعاة إمكان استيفاء منفعة العين المؤجرة مدة الإيجار . ويجب تمكين المستأجر من استيفاء منفعة العين المؤجرة . والتمكين في كل شيء باعتباره ، ففي البيت مثلًا بتسليم المفاتيح وفي الأرض بالتخلية والتسليم وهكذا .

فإذا حصل عيب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة كاملة فإن المكري ملزم بإصلاحها على أحد القولين كما يأتي . فإن لم يفعل أنقصت قيمة الإيجار بقدر النقص العارض قيمة لا مساحة ، كذهاب بلاطها أو جصها أو بياضها ، ويمكن معه السكنى ، بشرط أن يقوم بمخاصمة المالك ، وإلا لزمه جميع الكراء . وإن حصل تلف أو فناء يمنع استيفاء المنفعة كلها ، أو المهم منها خير المكتري في الفسخ والإبقاء ، فإن بقي لزمه الكراء بنسبة ما انتفع متى طلب ذلك .

وقال العلامة ابن القاسم : « لا يجبر مؤجر على إصلاح لمكتر ساكن مثلًا مطلقًا ، سواء أكان ما احتاج للإصلاح يضر بالساكن أم لا ، حدث بعد العقد أم لا » أمكن معه السكنى أم لا ، وقال ابن حبيب [1] : يجبر الآجر على الإصلاح . قال العلامة ابن عبد السلام [2] وبه العمل « فيجب إذا على المؤجر إصلاح العين المؤجرة لإمكان استيفاء المنفعة ويجبر على ذلك » .

ومحل هذا الخلاف في المضر اليسير ، وأما الكثير فلا يجبر على إصلاحه إجماعًا كما قال ابن رشد [3] ، فإن تمكن المستأجر من الانتفاع الناقص ، ولو مع تضرره ، وانتفع بالفعل

---

(1) هو ابن سحنون ، فقيه المغرب ، محمد أبو عبد اللّه ابن فقيه المغرب عبد السلام سحنون بن سعيد التنوخي القيرواني ، شيخ المالكية .تفقه بأبيه ، له كتاب « السير » عشرون مجلدًا وغيره توفي في 265 هـ سير أعلام النبلاء 466/10 .

(2) ابن عبد السلام : هو أبو منصور عبد اللّه بن محمد بن أبي الحسن علي بن هبة اللّه بن عبد السلام البغدادي ، ولد في ربيع الأخر ، أو جمادى الأولى سنة ست وخمسمائة . سمع من أبي القاسم ، وابن علي ابن نبهان ، وحدث عنه : الشيخ موفق الدين المقدسي ، ويوسف بن خليل ، وتوفي في التاسع من ربيع الأول سنة تسع وثمانين وخمسمائة . سير أعلام النبلاء 408/15 ، 409 .

(3) ابن رشد : هو محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد ، قاضي الجماعة بقرطبة ، من أعيان المالكية ، وهو جد الفيلسوف ابن رشد ، توفي سنة 450 هـ بقرطبة من تصانيفه : البيان والتحصيل ، المقدمات والممهدات . انظر : الأعلام 16/5 .

دفع بحصة ما انتفع ، وإن لم يتمكن أو لم يرد مع الضرر الكثير فهو مخير بين فسخ العقد أو الإبقاء إن أمكن الانتفاع ، وإلا فسخ العقد ، كعدم وجود منفعة تقابل الأجر [1] .

مسألة الخسارة :

متى تلفت أو فقدت العين المؤجرة كلية انفسخ عقد الإيجار والخسارة على المالك وهو المؤجر [2] ؛ لأنه هو المالك للعين المؤجرة ، والمنفعة قد تعذرت ، فإن مضى وقت انتفع فيه المستأجر فعليه قيمة هذه المنفعة بنسبة المدة ، وإن لم تمض مدة فلا شيء له .

وإن تلف أو عدم بعض الشيء المؤجر ، فإن كان الأكثر ، وإن كان به تذهب الفائدة خير في الإبقاء أو الفسخ ، ولا كلام للمؤجر إذن . وإن كان التالف قليلًا ويمكن معه استيفاء المنفعة ، ولكن ناقصة فلا خيار للمستأجر بل عليه الاستمرار في الانتفاع ، ودفع الإيجار ناقصًا قيمة هذا النقص قيمة لا مساحة .

فإن كان التالف أو المعدوم قليلًا ، ولكنه أضر بالمستأجر كثيرًا ، خير في الفسخ أو الإبقاء كمستأجر دار له ساتر حائط مثلًا بينه وبين الجيران ، أو بينه وبين المارة فهدمت هذه الحائط ، فأصبح السكان مكشوفين ، فهذا ضرر كبير وإن كان النقص وهو انهدام الحائط الساتر لم يمنع من استعمال منفعة البيت ، ولم يصلحها المالك فالمستأجر بالخيار في الإبقاء أو الفسخ .

التزامات المستأجر :

يجب على المستأجر استعمال الشيء المؤجر برفق كصاحبه [3] ، فإن أفرط لزمه

---

(1) يقول الدردير : « المستأجر لشيء من حيوان ، أو عرض ، وكذا الأجير كالراعي أمين ، فلا ضمان عليه إن ادعى الضياع أو التلف كان مما يغاب عليه أم لا ، ويحلف إن كان متهمًا لقد ضاع وما فرط » . راجع الشرح الصغير جـ 3 ص 312 .

(2) قاعدة : متى تلفت العين المؤجرة كلية انفسخ عقد الإيجار والخسارة على المؤجر . ولا خلاف بين فقهاء المذاهب كذلك على أنه إذا حدث في المعقود عليه عيب يخل بالمنفعة المعقود عليها والمقصودة من العقد كان للمستأجر أن يفسخ الإجارة ، وإن سبق له الرضا بالعيب طبقا لما ذهب الكثير من الفقهاء . انظر : البدائع 199/4 والمهذب 405/1 والمغني 30/6 والإنصاف 66/6 . وحاشية الدسوقي 29/4 . وقد نصت المادة 476 من المجلة العدلية على أنه « إذا فات الانتفاع بالكلية سقطت الأجرة . مثلا لو احتاج الحمام إلى التعمير وتعطل في أثناء تعميره تسقط حصة تلك المدة من الأجرة . وكذلك لو انقطع ماء الرحى وتعطلت تسقط الأجرة اعتبارا من وقت انقطاع الماء . ولكن لو انتفع المستأجر بغير صورة الطحن من بيت الرحى يلزمه إعطاء ما أصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الإجارة .

(3) تناولت المادة 579 من القانون المدني المصري التزامات المستأجر ، وأوجبت عليه أن يستعمل العين المؤجرة وفقا لما جرى به العرف . وهو ما تناولته المادة 762 من التقنين العراقي ، والمادة 589 من التقنين الكويتي . انظر : =

ما أتلفه ، ويجب عليه استعمال الشيء المؤجر طبق عقد الإيجار ، وعدم تغييره عما وضع له ، وإلا كان ملزمًا برد كل شيء لأصله .

ضمان العين المؤجرة :

المستأجر أمين ، فمن تولى المعقود عليه أو العين المؤجرة من مؤجر ومستأجر أمين ، فلا ضمان عليه إن ادعى الضياع أو التلف ، كان مما يغاب عليه أولا ، ويحلف إن كان متهمًا لقد ضاع وما فرطت .

ولو شرط المؤجر على المستأجر الضمان فلا ضمان ، وتكون الإجارة فاسدة [1] ؛ لأنه شرط مناقض لمقتضى عقد الإيجار فله أجر المثل زادت أو نقصت على القدر المسمى [2] .

والمستأجر مصدق في دعواه التلف أو الضياع سواء استأجر لركوب ، أو حمل ، أو لبس أو غير ذلك ، وأما المستأجر فإن كان المستأجر عليه غير طعام ، كالعروض وكالحيوان بالنسبة للراعي ، أو كان طعامًا لا تسرع إليه الأيدي كالقمح ، فإنه يصدق في دعواه التلف أو الضياع ما لم يأت المدعي بما يدل على كذبه .

وإن كان طعامًا تسرع إليه الأيدي ، كالسمن والعسل والزيت ، فلا يصدق ويحمل على الخيانة ، حتى يثبت صدقه ببينة أو يصدقه ربه ، أو يكون التلف بحضوره ، أو بحضور وكيله ، فإن ثبت صدقه بواحد مما ذكر فلا ضمان .

ويجب على المستأجر دفع الأجر للمؤجر ، ويجب أن يكون الأجر معلومًا ، ويجوز كراء العقار شهرًا مثلًا على أنه إن سكن المكتري يومًا فأكثر من الشهر لزمه العقد ، وتلزمه الأجرة بتمامها ولو خرج منه .

ومحل الجواز إن دخلا على أن المكتري يملك بقية المدة بالسكنى والإسكان ،

= المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة ص 207 .

(1) قاعدة : لو شرط المؤجر والمستأجر الضمان فلا ضمان وتكون الإجارة فاسدة .

(2) المستأجر لشيء من حيوان أو عرض أمين ، فلا ضمان عليه إن ادعى الضياع ، أو التلف كان مما يغاب عليه أولا ، ويحلف إن كان متهما ، لقد ضاع ، وما فرطت . ولو شرط عليه إثبات الضمان ، فلا عبرة بهذا الشرط لأنه شرط يناقض العقد . الشرح الصغير (312/3) . وقد جاءت المادة 583 من القانون المدني المصري بأن على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص العادي ، كما بينت هذه المادة أنه مسئول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك ، ما لم يكن هذا التلف أو الهلاك ناشئا عن استعمالها استعمالا مألوفا أو راجعا إلى سبب لا يد له فيه .

وأما لو دخلا على أنه إن خرج المكتري من العقار رجع العقار لربه ، ولا يتصرف المكتري فيه بقية المدة لا بكراء ولا بغيره فإن ذلك لا يجوز .

وعجل الأجر على أن لم يكن معينًا ، وشرط تعجيله أو كانت العادة تعجيله سواء أكانت المنافع معينة أو مضمونة شرع فيها أم لا ، أو كان الأجر معينًا في منافع مضمونة في الذمة لم يشرع فيها فيجب التعجيل ، فإن شرع جاز التأخير [1] .

فإن انتفت هذه الاعتبارات فمياومة في كراء الأرض والعقار والرواحل والآدمي للخدمة والأواني ، في غير الصانع والأجير في المشاحة [2] ، أو ما في التراضي فيجوز تعجيل الجميع أو تأخيره . والأجير والصانع ليس لهما أجرة إلا بعد التمام إلا لعرف أو شرط ، والدفع يكون مشاهرة إن كان الإيجار كذلك في العقار ومسانهة إن كان لمدة سنة ، كأرض الزراعة مثلًا إلا لعرف أو شرط فيعمل به .

وفرش منزل السكنى ليس بشرط في الأصل إلا أن العرف جرى بذلك ، فإن لم يفرش المستأجر أو يضع آلات في مصنعه يكون مخلًّا بشرط جرى العرف به ، ويكون سببًا في طلب ضمان للأجر ، أو إخلاء العين المؤجرة للإخلال بشرط يقتضيه العرف ، كما يقتضيه الشرط .

الحريق :

القاعدة أن المستأجر أمين إلا إذا تعدى [3] ، ومتى أثبت المستأجر أنه لم يتعد فلا ضمان عليه ولا مسئولية [4] ، فإن كان الحريق شب من سوء استعمال آلة أو من إهمال في الاحتياط بأن كانت المواد الملتهبة معرضة للالتهاب فالمستأجر ملزم بما

(1) يعجل الأجر وجوبًا في الإجارة إن شرط التعجيل ، أو اعتيد ولم يكن الأجر معينا ، أو عين الأجر كهذا الثوب ، أو العبد ، فإنه يجب تعجيله أي إن شرط التعجيل ، أو كان العرف تعجيله ... ويجب تعجيل الأجر إذا لم يعين إذا كان في منافع مضمونة في ذمة المؤجر » . الشرح الصغير (300/3) .

(2) إذا لم يكن الأجر معينا ، ولا شرط تعجيله ، ولا العادة تعجيله ، ولا المنافع مضمونة ، فإن انتفت الأربعة ، فلا يجب تعجيل الأجر . وإذا لم يجب التعجيل ، فمياومة أي كلما استوفى منفعة يوم ، أو تمكن من استيفائها لزمه أجرته ، والمراد باليوم القطعة من الزمن الصادقة بالأكثر ، والأقل ، وهذا عند المشاحة في نحو أكرية الدور ، أو إجارة سلع أو بناء . الشرح الصغير (301/3) .

(3) قاعدة : المستأجر أمين إلا إذا تعدى ، ومتى أثبت أنه لم يتعد فلا ضمان عليه . وقد نصت المادة 692 مدني أردني على أن « المأجور أمانة في يد المستأجر ، يضمن ما يلحقه من نقص أو تلف أو فقدان ناشئ من تقصيره أو تعديه ، وعليه أن يحافظ عليه محافظة الشخص العادي » .

(4) المستأجر لشيء من حيوان أو عرض أمين ، فلا ضمان عليه إن ادعى الضياع أو التلف ، كان مما يغاب عليه أم لا ، ويحلف إن كان متهمًا ، لقد ضاع ، وما فرطت ، ولا يحلف غيره ، وقيل : يحلف مافرط . الشرح الصغير (312/3) .

أتلف ، ويكفي إثبات أنه لم يكن سببًا فيه إذا اتهم ؛ لأن الأصل عدم الضمان .

طبيعة حق المستأجر :

حق استيفاء منفعة الشيء المؤجر للمستأجر حق عيني على الذات المؤجرة ، بمعنى أن الذات المؤجرة ، إذا كانت مقصودة في عقد الإيجار كمنزل بعينه أو قطعة أرض بعينها فهو حق عيني على هذه العين . وإن كانت الذات المؤجرة ، ليست مقصودة كالتعهد بنقل زيد لبلد كذا فاستيفاء المنفعة أو طبيعة حق المستأجر حق ديني في الذمة . والفرق بينهما : أن الحق العيني ينتهي بانعدام الذات المؤجرة ، والمؤجر ليس ملزمًا باستحضار البدل . والحق الدَّيْني لا ينتهي بانعدام الذات المؤجرة والمؤجر ملزم باستحضار بدلها لتمام عقد الإيجار .

والواقع أن البحث في طبيعة حق المستأجر بحث اعتباري يرجع إلى نفس طبيعة العين المؤجرة ، وإلى كيفية تعهد المؤجر بالالتزام هل هو التزام في عين محددة أو هو التزام في الذمة ؟ .

بند [67] التنازل عن عقد الإيجار
والتأجير للغير من المستأجر

الفانون الفرنسي : هاتان العمليتان تطبق عليهما القواعد العامة الآتية :

أولًا : للمستأجر الحق في التنازل عن عقد الإيجار للغير بدون احتياج لرضاء المؤجر إلا لشرط أدرج في العقد فيعمل به ، ومثل هذا الإيجار من المستأجر للغير .

ثانيًا : في حالة التنازل عن عقد الإيجار ، أو التأجير للغير : للمؤجر الحق في رفع دعوى مباشرةً ضد المتنازل له ، أو المستأجر من الباطن ؛ لمطالبتهما بما على المستأجر الأصلي من إيجار ، وما يوجد بالعين المؤجرة من منقول ضامن لذلك .

ثالثًا : في حالة التنازل أو التأجير للغير يبقى المستأجر الأصلي مسئولًا قِبَلَ المؤجر وجهًا لوجه عن تنفيذ شروط العقد ، وليس هذا فسخًا بل ضمَّ المتنازل له أو المستأجر الجديد إلى المستأجر الأصلي في المسئولية قبل المالك .

ويختلف التنازل عن الإيجار للغير في النقط الآتية :

أولًا : التنازل عن عقد الإيجار للغير ما هو إلا تنازل عن الالتزامات الخاصة بالمؤجر (المديونية) يعمله المستأجر ، ولكن التأجير للغير عقد جديد بني على العقد الأول .

ثانيًا : في حالة التنازل يجب على المستأجر إعلام المؤجر بهذا التنازل في إخطار رسمي أو أخذ قبول منه بذلك ، ولكن التأجير يبقى بعيدًا عن هذه الإجراءات الحتمية .

ثالثًا : في حالة التنازل للمتنازل له حق مقاضاة المؤجر المالك ؛ لأن كل حال كان للمستأجر الأول أصبح بمقتضى التنازل للمتنازل له ، ولكن المستأجر الثاني من الأول لا يملك مقاضاة المالك مباشرة بل يقاضي من آجر له .

نهاية عقد الإيجار

عقد الإيجار ينتهي بحدوث أحد ستة أشياء :

أولًا : نهاية أجله : فإن كان محددًا في العقد مدة الإيجار ، فتنتهي الإيجارة بمجرد وجود الأجل بدون إعطاء مهلة أو إنذار ، فإن كان مشاهرة أو مسانهة فلا ينتهي إلا بإعطاء مهلة ، أو إنذار حسب شرط العقد أو العرف .

ثانيًا : إرادة المتعاقدين : دائمًا يجوز للمتعاقدين معًا حل عقد الإيجار في أي وقت شاءا ، حتى ولو كان له أجل محدد . فإذا كان بدون أجل جاز لكل طرف أن يعلن إرادته منفردة في حله مع مهلة للطرف الآخر . والمهلة قد تكون اتفاقية بين الطرفين فيعطى بها كتابة عرفية لما اتفقا عليه ، وقد تكون غير اتفاقية فتعلن للطرف الآخر بطريق قلم المحضرين ، والمهلة لا تحديد لها في القانون ولكن يُتبع العرف والعادة .

ثالثًا : فسخ عقد الإيجار : إذا أخل أحد الطرفين بتعهداته قِبَلَ الآخر فله طلب فسخ عقد الإيجار وعلى المحكمة الحكم بذلك ، وهو كفسخ البيع ولكن لا يرجع في عقد الإيجار للماضي كعقد البيع ، وإنما يعمل به مستقبلًا فقط ، وكأن عقد الإيجار قد حلّ أجله فبطل عمله .

رابعًا : ضياع الشيء المؤجر : عقد الإيجار ينحل من نفسه بضياع الشيء المؤجر .

خامسًا : نزع ملكية العين المؤجرة للمصلحة العامة : متى نزعت ملكية العين المؤجرة للمصلحة العامة انفسخ عقد الإيجار ، ويعطى للمستأجر تعويضًا نظير ذلك .

سادسًا : موت المؤجر والمستأجر لا يؤثر على عقد الإيجار مطلقًا ، وعلى ورثة المتوفى أن يقوموا بما تعهد به مورثهم قبل الطرف الآخر .

بيع أو تمليك العين المؤجرة :

البيع أو التمليك لا يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة حسب عقد الإيجار ، وليس

للمالك الجديد التعرض له بشرط أن يكون عقد الإيجار ثابت التاريخ .

وللمؤجر أن يحفظ لنفسه الحق في إخراج المستأجر متى باع العين المؤجرة .

أحكام خاصة بعقد إيجار الأطيان الزراعية :

يختص إيجار الأطيان الزراعية بأحكام خاصة في الخسارة وفي مدة الإجارة .

أما الخسارة : فتتحقق في تلف المحصولات الزراعية ، فكل مستأجر زراعي أصيب محصوله بتلف في النصف على الأقل ، فله الحق في نقص الإجارة بالنسبة لهذه الخسارة .

فإن كانت الإجارة لمدة طويلة ، ومنها سنين تلف فيها المحصول ، وسنين لم يتلف كان للمستأجر الحق في التخفيض في المجموع بالنسبة للسنين العجاف بشرط أن يكون التلف لنصف محصول سنة .

وهذا الحق شخصي للمستأجر طلبه متى شاء لا بقوة القانون ، بحيث يجوز للمالك شرط عدم تحمل أي خسارة ، أو تعويض لأي سبب .

وأما مدة الإجارة : فإن كانت محدودة في العقد بزمن معين ، فينتهي الإيجار متى جاء أجله ، وإن كانت غير محدودة فتتبع القواعد الآتية :

1 - إذا كان الشجر يستغل سنويًّا تعتبر لمدة سنة .

2 - وإذا كانت الأرض تحرث وتستغل على سنين مثلًا تزرع ثلثًا كل سنة ، فتعتبر لمدة ثلاث سنين ، وهكذا والعرف محكم في مثل هذا .

ومتى انتهت الدورة الزراعية التي تعتبر فصلًا في الزراعة انفسخت الإجارة من نفسها بدون إمهال ولا إنذار .

ويجب على المستأجر الذي ينتهي عقده أن يترك المساكن ، والمرافق اللازمة لخلفه بحالة يمكنه استعمالها حسب العرف والعادة ، وعليه ترك القش والسباخ المعد للسنة القادمة إذا كان قد استلم عند دخوله هذا ، وإلا فللمالك أخذها بعد تقديرها ، وليس للمستأجر طلب تعويض من المالك عما أحدثه في أرضه من إصلاح وتحسين أو زيادة إنتاج لأي سبب [1] .

---

(1) انظر : البنود 1717 ، 1741 ، 1742 في الفصل الأول ، من الباب الثاني ، من الكتاب الثامن ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 79 ، 84 .

بند [68] التنازل عن عقد الإيجار ، والتأجير للغير من المستأجر

التشريع الإسلامي : يجوز للمستأجر إيجار العين المؤجرة لمالكها أو لغيره بأجر أزيد أو أقل بدون احتياج لرضاء المالك (المؤجر) إلا إذا اشترط المؤجر عدم جواز الإيجار من الباطن ، وحينئذ لا يجوز اشتراط دفع الأجر عن المدة المؤجرة مشاهرة أو مسانهة ، بل يدفع عن المدة التي شغلها فقط [1] .

وقد نص الفقهاء : على أنه يجوز كراء العقار شهرًا ، مثلًا على أنه إن سكن المكتري يومًا فأكثر من الشهر لزمه العقد ، وتلزمه الأجرة بتمامها ، ولو خرج منه ، ويشترط في جواز هذا أن يدخل المتعاقد على أن المكتري يملك بقية المدة بالسكنى والإسكان ، وأما لو دخلا على أنه إن خرج المكتري من العقار رجع العقار لربه ، ولا يتصرف المكتري فيه بقية المدة لا بكراء ولا بغيره فإن ذلك لا يجوز ، يعني تكون الإجارة فاسدة ، وفيها كراء المثل مدة السكنى والاستعمال .

2 - في حالة التأجير أو التنازل على المتنازل أو المؤجر من باطنه أن يتخير من يحافظ على العين المؤجرة ، فلو أجر البيت لعائلة أكثر استعمالا للمنزل ، وأكثر عددًا أو الدابة مثلًا لغير أمين ، أو لأثقل منه ، أو أضر فلربها تضمينه ما حصل من الضرر .

ولرب الدابة أو المنزل مثلًا اتباع الثاني علم بتعدي الأول أو لم يعلم ، وتعمد الجناية أو

---

(1) يقول الدردير : « يجوز إيجار شيء مؤجر ؛ فمن أجر حيوانا أو غيره مدة معلومة كشهر أو سنة يجوز له أن يؤجر قبل انقضائها للمستأجر الأول أو لغيره » . الشرح الصغير جـ 3 ص 306 . وقد اختلف الفقهاء في هذا ، ولكن أكثرهم على جواز إجارة العين المستأجرة لغير المؤجر ، وهو مذهب الأحناف والمالكية والشافعية والراجح عند الحنابلة . وقد منع من ذلك بعض الفقهاء بناء على أن المنافع لم تدخل في ضمان المستأجر الأول لتجددها وحدوثها شيئا فشيئا فيكون قد ربح ما لم يدخل في ضمانه وباع ما لم يقبضه . وأما إجارة المأجور للمؤجر فجائزة عند المالكية والشافعية مطلقا قبل القبض أو بعده ، ولكن منع الأحناف من إجارة العين المستأجرة للمؤجر . انظر : الفتاوى الهندية 425/4 وحاشية ابن عابدين 65/5 ومواهب الجليل 417/5 وحاشية الدسوقي 7/4 وما بعدها والمهذب 403/1 والمغني مع الشرح الكبير 53/6 وما بعدها . وقد تناولت المواد 593 - 597 مدني مصري موضوع التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن ، وأجازت ذلك ما لم يقض الاتفاق بين المؤجر والمستأجر بغيره . ولا يختلف ذلك عما أخذ به القانون الأردني في المادة 703 ؛ إذ قضت هذه المادة بأنه لا يجوز للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه من شخص آخر إلا بإذن المؤجر أو إجازته » .

تعدى بما يتعدى به أي مستأجر ولو حصل التلف بسماوي ، أو عطبت العين المؤجرة بزيادة مسافة أو حمل تعطب به ، وللمالك كراء الزائد أو قيمتها يوم التعدي مع الكراء الأول .

وليس التنازل للغير أو الإيجار من الباطن فسخًا لعقد الإيجار ، ولكنه تصرف في منفعة لمن يستحقها بشروط نفس عقد الإيجار فلا زال المستأجر الأول ضامنًا نفادها ، حتى ولو لم يكن هو المستوفي لمنفعة العين المؤجرة .

فإن قبل المالك تنازل المستأجر فقد أخلى سبيله ، وأصبح وجهًا لوجه أمام المتنازل له (المستأجر الثاني) .

وحق جواز التنازل للغير عن المنفعة من الإيجار يشمل المنفعة العينية والدينية .

نهاية عقد الإيجار :

ينتهي عقد الإيجار بنهاية أجله متى كان محددًا ، فإن كان مشاهرة أو مسانهة فيجب على من أراد عدم استمرار العقد إخبار الطرف الآخر حتى يعلم نهاية العقد . وليس بلازم إخطاره على يد محضر ، ولكن المصلحة العامة تحتم ذلك خوفًا من الإنكار ، وكم من مؤجر ومستأجر لا يعرف للحق طريقًا ، فيجب التمسك بالرسميات ، أو ما يمكن أن لا يكون فيه شك ، كجواب موصى عليه مثلًا بفسخ عقد الإيجار ، وهذا لا يتنافى مع قاعدة المصلحة في مراعاة مصالح الناس .

فإن انتهى الأجل وبقي بالأرض المؤجرة زرع أخضر بعد المدة ، فليس للمالك قلعه وعلى المستأجر كراء الزائد على السنة .

وتعتبر السنة في المطر بالحصاد ، وفي أرض السقي بالشهور 12 شهرًا .

ويصح للطرفين فسخ عقد الإيجار ؛ لأنه عقد ككل العقود يصح لمن أوجده أن يفسخه وهما الطرفان . وليس لأحدهما الانفراد بفسخه إلا إذا كان لا أجل له كمن اتفق مع آخر على أن يعمل على جمله أو سفينته ، وأجر الدابة أو السفينة بينهما مناصفة مثلًا فهي إجارة صحيحة ، فيجوز لكل منهما فسخ العقد من جانبه ويحاسب على الماضي فقط ، وتحكّم العادة في أنه ينتظر على الأجير جمع الأجرة ممن حمل لهم ، وتحكم العادة أيضًا بأنه متى ابتدأ العامل في العمل على الجمل في موسم الحصاد ؛ أو نقل الحب مثلا أن يتصل العمل إلى نهاية الموسم إلا إذا حصل سبب قوي يدعو لحل عقد الإيجار ، كتحميل الجمل فوق الطاقة ، وخشي المالك

ضررًا محققًا لماله أو أهمل العامل علف الدابة ، حتى أضناها العمل ، والتعب ، والجوع إلخ مما يبيح العرف حل عقد الإيجار لذلك فيجوز [1] .

والمهلة وعدمها يحددها عرف البلد .

وفسخت الإجارة بتلف ما يستوفى منه ؛ لأن كل عين يستوفى منها المنفعة تنفسخ الإجارة بهلاكها ، كموت الدابة المعينة وانهدام الدار [2] .

وكل عين تستوفى بها المنفعة فبهلاكها لا تنفسخ الإجارة على الأصح ، كموت [3] الشخص المستأجر للعين المعينة ويقوم وارثه مقامه ، فموت المستأجر لا يفسخ الإجاره [4] .

وقال بعض الفقهاء : تفسخ بتلف ما يستوفى به كما تفسخ بتلف ما يستوفى منه .

وقيل إن كان التلف من قبل الحامل فسخت وله من الكراء بقدر ما سار ، وإن كان التلف بسماوي لم تنفسخ ، ويأتيه المستأجر بمثله .

وقيل : إن كان التلف من قِبل الحامل فُسِخَت ، ولا كراء ، وإن كان بسماوي لم تنفسخ ويأتيه المستأجر بمثله .

وفسخت بسكون ألم ضرس استؤجر على خلعه ، وبغصب دار أو غصب

(1) يقول الدردير : « وفسخت الإجارة بتعذر ما يستوفى منه المنفعة كدار أو حانوت وحمام وسفينة ونحوها ، وإن لم يتعين حال العقد ودابة عينت » . الشرح الصغير جـ 3 ص 315 .

(2) تنفسخ الإجارة بهلاك العين المستأجرة طبقا لما جاء في المغني 76/6 والبدائع 196/4 .

(3) جمهور الفقهاء على أن الإجارة لا تنفسخ بموت المؤجر أو المستأجر ، لأنها عقد لازم ، فلا تنقضي بموت أي من العاقدين . وحجتهم ما رواه ابن عمر أن النبي ﷺ أعطى خيبر لأهلها يزرعونها ولهم شطر ما يخرج منها ، فكان ذلك على عهد النبي ﷺ وأبي بكر وصدرًا من خلافة عمر ، ولم يذكر أن أبا بكر وعمر جددا الإجارة ، فدل ذلك على استمرارها بعد وفاة النبي ﷺ . أما الأحناف فقد خالفوا في ذلك واتجهوا إلى الحكم بانتهاء الإجارة بموت أي من العاقدين ، وهو مذهب الشعبي والثوري والليث بن سعد . وتتفق المادة 601 مدني مصري فيما أخذت به مع جمهور الفقهاء ، حيث تضمنت فقرتها الأولى النص على أن عقد الإجارة لا ينتهي « بموت المؤجر ولا بموت المستأجر » وهو ما أخذت به المادة 600 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ، والمادة 709 مدني أردني . انظر في التعرف على مذاهب الفقهاء : البدائع 200/4 وما بعدها والهداية 251/3 والفتاوى الهندية 459/4 والمغني لابن قدامة 347/5 .

(4) يقول ابن رشد : « لاتنفسح الإجارة إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة ، وقال أبو حنيفة : يجوز فسخ عقد الإجارة للعذر الطارئ على المستأجر مثل أن يكري دكانا يتجر فيه ، فيحترق متاعه أو يسرق » . بداية المجتهد جـ 2 ص 229 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 315 ، 316 .

منفعتها ، وباستحالة استيفاء المنفعة لأمر قهري من السلطان أو الولي بغلق الحوانيت .

وفسخت برشد السفيه إن عقد الولي على السفيه لعيشه ، أو على سلعة أزيد من ثلاث سنين ورشد السفيه ، وبقي أزيد من ثلاث سنين ، فإن بقي أقل فلا خيار له .

فإن عقد عليه لا لعيشه فله الفسخ ؛ لأن الولي لا تسلط له على نفسه ، بل على ماله ، فلا اعتراض من الولي على إيجار نفسه إلا إذا حابى في الأجر ، فيتدخل الولي لذلك ، كما لا كلام للسفيه إن رشد في هذه الحالة ؛ لأنه كالرشيد في عمله .

وفسخت برُشْد صغيرٍ عقد على نفسه أو على سلعه (دابته أو داره) وليٌّ (أب أو وصي أو مُقام) فبلغ أثناء المدة رشيدًا خير في الإمضاء أو الفسخ . بشرط أن يعقد وليه ، وهو يظن بلوغه في مدة الإجارة ، أو لم يظن شيئًا بقي كثير أو قليل على نهايتها .

فإن عقد عليه ، وهو يظن عدم بلوغه في مدة الإجارة ، ففي العقد على نفسه إن بلغ والباقي من مدة الإجارة شهر ونحوه الإتمام وإلا خُيِّر . وفي العقد على ماله كذلك عند الإمام أشهب . وعند ابن القاسم إن عقد عليه ظانًا عدم بلوغه لزم الإتمام ولو بلغ ، والباقي من المدة كثير .

وتفسخ إذا أخل أحد الطرفين بشرط التعاقد خللًا يضر بالطرف الآخر ، كما يعلم تفصيل ذلك في كتاب الإجارة .

والفسخ يرجع ليومه فقط ، دون الماضي .

وينفسخ عقد الإيجار متى تلف أو ضاع الشيء المؤجر ، وكان معينًا في العقد [1] ، فإن كانت الإجارة لشيء في الذمة ، كحمل متاع لبلد كذا ، أو نقل الراكب لبلد كذا ، ومات الحامل ، أو نفقت الدابة ، فعلى ورثة الحامل القيام بما تعهد به مورثهم ، وعلى المتعهد بنقل الراكب إحضار بدل الدابة للوفاء بتعهده في النقل .

فليس تلف أو فقد الشيء المؤجر موجبًا لفسخ الإيجار على إطلاقه ، ولكنه يشترط أن يكون معينًا ، ولا يلزم المؤجر استحضار بدله كما سبق [2] .

(1) قاعدة : ينفسخ عقد الإيجار متى تلف أو ضاع الشيء المؤجر وكان معينًا في العقد .

(2) بينت المادة 569 مدني مصري انفساخ عقد الإجارة من تلقاء نفسه إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار . وهو ما نصت عليه المادة 751 عراقي والمادة 575 كويتي . ويتفق ذلك مع الفقه الإسلامي ؛ ففي المغني لابن قدامة أنه إذا وقعت الإجارة على عين فتلفت انفسخ العقد بتلفها 352/5 .

ولا تنفسخ الإجارة بتخلف رب الدابة في العقد على زمن غير معين ، فإن عين الزمن أو كانت تراد لزمن خاص أو لأمر محدد كالحج ، فبتخلف المكري عن الموعد المحدد انفسخت الإجارة .

ومالك دار أو جار يضر فسقه بجاره يزجر ويعاقب . فإن انتهى فبها ، وإلا أخرج وبيعت عليه أو أجرت .

وأما نزع ملكية العين المؤجرة فهو سبب قهري لفسخ الإجارة ؛ لأنه إذا كان ينزع الملكية قهرًا فمن باب أولى يفسخ عقد الإجارة .

وعقد الإيجار من العقود التي تنتقل للورثة ، فلا تفسخ بموت المؤجر ، ولا المستأجر إلا إذا كان المستأجر مرادًا لذاته في نفس العقد كخياط مثلًا أو حائك ، أو خطاط يراد هو في عقد الإيجار ، فبموته ينفسخ العقد . وإذا تعذر ركوب الراكب لموت ، أو مرض مثلًا ، لا تفسخ الإجارة ويلزمه أو وارثه الإتيان بالخلف أو دفع الأجرة .

وللمكتري فسخ عقد الإيجار إذا وجد العين المؤجرة بعينها بها عيب يضر به ، أو يمنع استيفاء المنفعة على الوجه المطلوب كحيوان عضود ، أو جموح ، أو أعشى ، أو كان دَبَرُه فاحشًا ، فإن كانت العين المؤجرة ليست معينة فلا تنفسخ الإجارة ، وعلى المؤجر (المكري) بدلها [1] .

واتفق علماء الأمصار على أن عقد الإيجار لازم ، ولا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة . فلا تنفسخ الإجارة ببيع العين [2]

---

(1) لا خلاف بين فقهاء المذاهب في أنه إذا حدث في المعقود عليه عيب في مدة العقد ، وكان هذا العيب يخل بالانتفاع المقصود من العقد أن للمستأجر فسخ العقد ، حتى وإن سبق له الرضا بهذا العيب . انظر : البدائع 199/4 وحاشية الدسوقي 29/4 والمهذب 405/1 والمغني 30/6 .

(2) ذهب الأحناف والحنابلة والشافعية في الراجح إلى أنه لا تنفسخ الإجارة بالبيع ، ووافقهم المالكية عند انتفاء التهمة في مقصود المؤجر وغرضه من البيع . أما إذا لم تكن هناك تهمة فإن الإجارة تنفسخ عندهم بالبيع . وقد نصت المادة 646 من مرشد الحيران على أن « بيع العين المأجورة يتوقف نفاذه على إجازة المستأجر ، فإن أجازه جاز ، وإن لم يجزه يبقى موقوفا إلى أن يسقط حق المستأجر » وكذلك نصت المادة 590 من المجلة العدلية على أنه « لو باع الآجر المأجور بدون إذن المستأجر يكون البيع نافذا بين البائع والمشتري وإن لم يكن نافذا في حق المستأجر .. » وهو منصوص المادة 691 من القانون المدني الأردني . أما الحنابلة فقد أجازوا تصرف المؤجر في بيع المأجور ؛ ففي المادة 587 من مجلة الأحكام الشرعية أن « للمؤجر بيع العين المؤجرة من المستأجر أو غيره قبل حلول مدة الإجارة أو في أثنائها والأجرة من حين البيع للمشتري » .

المؤجرة ولا بتملكها للغير ، بل يستوفي المستأجر المنفعة حسب العقد .

وليس للمالك اشتراط جواز إخراج المستأجر من العين المؤجرة إذا باعها ، متى كانت المدة محددةً ، والأجر معجل مقدمًا ؛ لأن الأجر يتردد بين الثمنية والسلفية ، وهو ممنوع ، فإن كانت المدة غير محددة أو لم يكن الدفع معجلًا صح هذا الشرط ، وعمل به ، وكل مدة مضت يدفع إيجارها المستأجر .

وليس بلازم ثبوت تاريخ عقد الإيجار ويكفي في ذلك البينة .

إيجار الأطيان الزراعية :

واجب المالك للأرض المؤجرة تمكين المستأجر منها لينتفع على الوجه الأكمل مما استؤجرت الأرض له . ومتى تمكن المستأجر من الانتفاع ولو لم ينتفع وجب عليه أداء الأجر . وعدم الانتفاع يرجع إما لذات المستأجر ، كموت ، أو مرض ، أو حبس ، أو عدم قدرة على الزرع لفقر ، أو لعدم وجود بذر فلا تفسخ الإجارة . ولا كلام في وجوب دفع الأجر المتفق عليه كاملًا .

تلف الزرع :

تلف الزرع بآفة مما للأرض فيه مدخل كدودها وفأرها وعطشها ، وكان التلف كليًا أو بقي منه القليل ، فلا يلزم المستأجر الكراء [1] . ولا يصح شرط نفي الحط عن المستأجر في مثل هذه الحالة . ويشترط مطالبته بعدم الدفع ؛ لأنه حكم لمصلحة المستأجر . ويلحق بالعطش الغرق متى جاء من طبيعة وجود الأرض منخفضة ، فإن كان التلف لجزء له بال جاز للمستأجر أن يقتطع من الأجر قيمة هذا التلف .

وإما لعدم إمكان وجود الزرع كأرض المطر ، إذا أكريت فمنع القحط من زراعتها ، أو استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة ، فلم يتمكن من أن يزرعها ، فلا أجر على المستأجر [2] . والجوائح التي تصيب الزرع غير ما ذكر كدود القطن مثلًا ، أو ندوة

---

(1) إن تلف الزرع بآفة الأرض الناشئة منها كدودها ، أو فأرها ، أو عطش في أرض المطر لعدم نزوله عليه كعدم الري في النيل أو غرق للأرض قبل الإبان ، واستمر الغرق عليها حتى فات وقت ما تراد له ، فلا يلزمه الكراء . الشرح الصغير (324/3 ، 325) .

(2) وعند مالك أن أرض المطر إذا أكريت فمنع القحط من زراعتها ، أو زرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط أن الكراء يفسخ . وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة . بدية المجتهد (231/2) .

القمح ، أو دود البرسيم إلخ ، لا يحط بسببها شيء من الإيجار ؛ لأن المستأجر يمكنه مقاومته ، ولو لم يفعل فهو مقصر ولا شيء على المؤجر .

فعلم أن التشريع الإسلامي أرفق بالمستأجر من التشريع الوضعي في تلف أقل من النصف ، وفي التلف بما يأتي من الأرض ، وفي عدم قبول شرط المالك على المستأجر بنفي الرجوع في الجوائح إلخ فهو تشريع حق وعدل .

مدة الإجارة : يجب في الإجارة تعيين الأجر والمنفعة في القدر إما بغايتها كخياطة الثوب ، وإما بضرب الأجل كشهر أو سنة ، وإما بالزمان إن كان عملًا واستيفاء منفعة متصلة الوجود ككراء الدور والحوانيت ، وإما بالمكان إن كان مشيًا ؛ ويصح استأجرت هذه الدار سنة بكذا ، أو شهرًا بكذا ولا يذكر أول الشهر ولا أول السنة ، وأول الوقت هو وقت عقد الإجارة ، ويجوز كراء الدار بكذا كل شهر دون تحديد المدة .

ومتى مضت المدة المحددة ، أو تم عمل المستأجر عليه انتهى الإيجار ، وعلى المستأجر ترك العين المستأجرة لمالكها ، والإجارة غير محددة المدة تكون فاسدة ، ففي إيجار المنزل مثلًا كل شهر بكذا دون تحديد المدة تكون وحدة الإيجار المعروفة مشاهرة ، فتكون صحيحة ، ولكن عدم تحديد المدة إطلاقًا يفسدها وفيها إيجار المثل .

وأما إيجار الشجر والزرع بدون مدة محددة فهي باطلة ، ويقضى فيها بأجر المثل .

وعلى المستأجر ترك ما يجري العرف بتركه للخلف من سباخ ، أو خلفة ، أو زريعة مثلًا . وأما مساكن العين المؤجرة فهي ملك لمالك العين . وما أحدثه المستأجر في العين المؤجرة من إصلاح بلا إذن المالك فهو متبرع ولا يأخذ ما أنفقه ، فإن أذن له أخذ قيمته قائمًا .

بند [69] المزارعة

القانون الفرنسي : هي نوع من الإيجار ، وهي أن يعطي واضع اليد على حقل هذه العين إلى مستأجر يزرعها مدة معينة على أن يقاسم المالك فيما يخرج منها من الزراعة ، وهو عقد إيجار مع شركة .

وعلى المؤجر تسليم العين المؤجرة وتعهد إصلاحها محليًا إلى المستأجر الذي يجب عليه الاستعمال بالرفق . وهو ضامن للحريق إلا إذا أثبت أنه قهر عنه ولا

طاقة له على منعه . وللمالك حق ملاحظة الاستغلال وإدارة العمل وتصريف الغلة ، ويبقى له حق الصيد برًا وبحرًا .

وتقسم الثمرة مناصفة بين المالك والمزارع إلا لشرط آخر فيعمل به ، ولو فقد أو تلف بعض المحصول فعلى الطرفين حسب نصيبهما . ولكل منهما طلب الحساب كل سنة ، وعند الاختلاف يفصل قاضي الصلح .

موت المؤجر لا يؤثر على عقد إيجار المزارعة ، ولكن موت المستأجر يفسخ عقد المزارعة ، ويُتبَّع العرف في نهاية العقد في المزروعات حسب العادة في مثل ذلك .

ويُفْسَخ العقد بفقد العين المستغلة كلًّا أو بعضًا إن امتنع المالك عن الإصلاح أو التعويض . ولكل واحد منهما طلب الفسخ إذا قصر الطرف الآخر في واجباته [1] .

بند [70] المزارعة

التشريع الإسلامي : هي الشركة في الزرع مدة معينة زرعة أو فصلًا من فصول السنة الزراعية على أن يتقاسما ما يخرج . وهو عقد يشتمل على شركة عمل وإجارة ؛ لأن الأرض لواحد ، فما يقابلها أجر ، والعمل بينهما في شركة عمل . ومقتضى المزارعة مفاعلة من الجانبين ، فمن غلَّب الشركة يقول : إنها عقد غير لازم بالعقد ؛ لأن عقد شركة العمل يلزم بالعمل ، فما دام لم يحصل عمل في المزارعة فالمتعاقدان في حل من تعاقدهما ، وخصوا العمل بالبذر . ومن غلَّب الإجارة ألزمها بالعقد فبمجرد العقد لزمت المزارعة ؛ وتعين على كل متعاقد القيام بما تعهد به من جانبه وعلى هذا يجوز التفاضل في الأنصبة . وقيل : إنها تلزم بالعقد إذا انضم إليه عمل أيًا كان [2] .

---

(1) انظر : البنود من 1763 إلى 1778 في الفصل الثالث ، من الباب الثاني ، من الكتاب الثامن ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 88 : 92 .

(2) يقول الدردير : « المزارعة هي الشركة في الزرع ، ويقال الشركة في الحرث ، وبه عبر اللخمي ، وعقدها غير لازم قبل البذر ونحوه » . الشرح الصغير جـ 3 ص 197 ، والكافي لابن عبد البر ص 379 . وقد تناولت المادة 619 من القانون المدني المصري والمادة 618 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة مفهوم المزارعة ، وبينتا جواز إعطاء الأرض الزراعية والحدائق مزارعة للمستأجر مقابل أخذ المؤجر نسبة معينة من المحصول . وهو ما تناولته المواد 805 عراقي ، 712 مدني أردني ، 626 كويتي . ويتفق هذا مع أحكام المزارعة في الفقه الإسلامي بوجه العموم ، ففي المادة 1431 من المجلة العدلية أن « المزارعة نوع شركة على كون الأرض من طرف والعمل من طرف آخر... » والحاصلات تقسم بينهما . وهو منصوص المادة 695 من مرشد الحيران .

وقد جزم العلامة ابن الماجشون [1] والإمام سحنون [2] بلزوم المزارعة بالعقد ، وهو قول ابن كنانة [3] وابن القاسم في كتاب ابن سحنون ، ويشترط في صحة عقد المزارعة ما يأتي :

أولًا : أن يَسْلم المتعاقدان من كراء الأرض بما يخرج منها بأن لا تقع الأرض أو بعضها في مقابلة بذر أو طعام أو ما تنبته ، فكراء الأرض بذهب أو فضة نقدًا مثلًا أو بعرض أو حيوان جائز ، وكراؤها بطعام - ولو لم تنبته كعسل أو بما أنبتته ولو غير طعام كقطن وكتان مثلًا - ممنوع وتكون مزارعة فاسدة ، وقد جرى على هذا غالب علماء المالكية .

وقال الداودي [4] ، ويحيى بن يحيى [5] ، والأصيلي [6] من علماء المالكية أيضًا :

---

(1) ابن الماجشون : هو عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون ، القرشي ، مفتي المدينة وعالمها ، أخذ عن أبيه وعن مالك وغيرهما ، وبه تفقه أئمة كابن حبيب وسحنون ، له كتاب كبير في الفقه باسمه ، توفي سنة 212 هـ على الأشهر . شجرة النور الزكية ص 56 .

(2) سحنون : هو عبد السلام بن حبيب بن حسان بن هلال بن بكار بن ربيعة ، بن عبد الله التنوخي ، الإمام العلامة فقيه المغرب ، أبو سعيد ، الحمصي الأصل ، المغربي القيرواني المالكي . قاضي القيروان ، وصاحب « المدونة » ويلقب بسحنون . وعن يونس بن عبد الأعلى قال : سحنون سيد أهل المغرب . قيل : كان إذا قرئت عليه « مغازي » ابن وهب تسيل دموعه . وقال عيسى بن مسكين : سحنون راهب هذه الأمة ، ولم يكن بين مالك وسحنون أحد أفقه من سحنون . توفي سحنون في شهر رجب سنة أربعين ومائتين ، وله ثمانون سنة ، وخلفه ولده محمد . انظر : الذهبي في « العبر » 34/2 ، الذهبي في « الأعلام » 70/10 .

(3) ابن كنانة : هو أحمد بن عبد الله بن عبد الرحيم بن كنانة ، أبو عمرو ، ويعرف أيضًا بابن العنان ، ولد سنة تسع وتسعين ومائتين . سمع من : أحمد بن خالد ، وابن أيمن . وحدث عنه : محمد بن السليم القاضي في حياته . توفي سنة ثلاث وثمانين وثلاثمائة . سير أعلام النبلاء 466/12 ، 467 . تاريخ علماء الأندلس 56/1 .

(4) هو أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي الأسدي الطرابلسي الفقيه المالكي ، لم يتفقه في أكثر علمه على إمام مشهور وإنما واصل بإدراكه وذكائه ، له شرح على الموطأ ، وله الواعي في الفقه ، والنصيحة في شروح البخاري وغيرهم توفي سنة 440 هـ وقبره عند باب العقبة . شجرة النور الزكية ص 110 رقم 293 .

(5) هو أبو محمد يحيى بن يحيى بن كثير القرطبي الإمام الثبت رئيس علماء الأندلس وفقيهها وكبيرها سمع الموطأ من مالك وروايته أشهر الروايات ، وسمع ابن وهب وابن القاسم وابن عيينة وغيرهم وحدث عنه أبناؤه وابن حبيب وابن مزين ، توفي سنة 234 هـ . شجرة النور الزكية ص 46 ، 64 .

(6) هو القاضي أبو محمد عبد الله بن إبراهيم الأصيلي ، رئيس علماء الأندلس ، حج سنة 353 ولقي أبا زيد المروزي وسمع منه البخاري وسمع من أبي أحمد الجرجاني وأبي القاسم ، ألف كتاب الدلائل إلى أمهات المسائل شرح به الموطأ ذاكرًا فيه خلاف مالك وأبي حنيفة والشافعي توفي سنة 392 هـ . شجرة النور الزكية ص 100 رقم 251 .

إن كراء الأرض بما يخرج منها جائز ، وعلى هذا فشرط خلو المزارعة من كراء الأرض بما يخرج منها لا محل له .

ثانيًا : أن يقابل الأرض مساو لكرائها على قدر الربح الواقع بينهما كأن تكون أجرة الأرض مائة والدواب والعمل خمسين ، ودخلا على أن لرب الأرض الثلثين ، ولرب الدواب والعمل الثلث ، أو يكون أجرة العمل والدواب مائة ودخلا على النصف فتجوز في الصورتين .

ثالثًا : أن يتساويا في الربح بأن يأخذ كل منهما من الربح بقدر ما أخرج كما سبق في ثانيًا ، إلا أن يتبرع أحدهما للآخر بشيء من الربح من غير وعد ولا عادة بعد لزوم العقد فذاك جائز [1] .

والمزارعة كالإجارة في وجوب تسليم العين محل المزارعة على القول بلزومها بمجرد عقدها ، وعلى وجوب الاستغلال في حدود المعقول والمعمول به عرفًا ، وفي وجوب المحافظة على العين محل المزارعة وردها كما استلمها بعد نهاية المزارعة . وإصلاح ما كان خاصًّا بالزرع على المزارع حسب العرف والعادة . وإصلاح ما كان لازمًا للعين المزروعة ويبقى ثابتًا بها بعد المزارعة كبئر للري وإنشاء مصرف جديد مثلًا فهي على المالك .

وحكمها في الضمان حكم المستأجر في غير المزارعة ؛ فالأجير أمين ما لم يتعد [2] إلخ ما ذُكِر مفصلًا في باب الإجارة ولا لزوم للإعادة . وقد سبق أيضًا شرح مسألة

---

(1) المزارعة أو المخابرة (من الخبار ، وهي الأرض الرخوة اللينة) هي العمل في الأرض ببعض ما يخرج منها من الحاصلات . وقد اختلف الفقهاء في حكمها ؛ فلم يجزها أبو حنيفة وزفر والشافعي ، ويستندون إلى ما روي من نهيه ﷺ عن المخابرة (نيل الأوطار 275/5 وما بعدها) . وذهب أبو يوسف ومحمد ومالك وأحمد وداود الظاهري إلى أن المزارعة جائزة . البدائع 176/6 وكشاف القناع 538/3 وما بعدها والشرح الكبير 372/3 . وقد اشترط فيها كثير من المالكية من الشروط ما يؤدي إلى المنع منها ؛ ففي القوانين الفقهية ص 295 أن المزارعة تجوز عند ابن القاسم بشرطين ، أحدهما تكافؤ الشريكين في الربح والآخر السلامة من كراء الأرض بما تنبت ، ولكن أجازها قوم ، وإن وقع فيها كراء الأرض بما تنبت . وقد روي عن مالك جواز كراء الأرض بالنقود ، أما بالخارج منها وهو المزارعة فلا يجوز . شرح الزرقاني 374/3 وما بعدها . ومن هذا يتضح أن أبا حنيفة ومالكا وجمهورا كبيرا من الفقهاء الباكرين لم يروا صحة المزارعة . ولعلها لم تكن منتشرة في العمل في القرنين الأولين ، ثم انتشر العمل بها بعد ذلك ، ولذا اتجه جمهور الفقهاء إلى قبولها وتصحيح العمل بها .

(2) المستأجر لشيء من حيوان ، أو عرض وكذا الأجير كالراعي أمين فلا ضمان عليه ما لم يتعد في فعله ، أو سَوْقه الدابة ، فإنه يضمن لتعديه . الشرح الصغير (312/3) .

الحريق فارجع إليها إن شئت [1] .

وللمالك حق التدخل في المزارعة إذا أهمل المزارع فيعمل على حسابه ويحتسب الأجر عليه ، ويقسم الزرع كما تقدم في الشرط الثاني والثالث . ونقص المحصول وزيادته على الطرفين ؛ لأن المزارعة أخذ جزء من الناتج غير مقدر بكمية ، وإنما الربع أو النصف .

المزارعة عقد ككل العقود لازم [2] بالاتفاق بعد العمل بالبذر ، ولكنه يشبه من ناحية أخرى عقد العمل . فإن كان العامل مرادًا لذاته في المزارعة لكثرة تجاربه ومرانه وأنه اختير لذاته فإن العقد يبطل بوفاته . وإن كانت أقرب للإجارة منها لعقد العمل ، بأن كان الزارع عاديًا لم يُخْتَر لمعنى في فنه وفي تجاربه في الزارعة مثلًا ، فلا يبطل عقد المزارعة بوفاته ، بل يحل محله ورثته . وهذا المعنى يتحقق في المزارعة في الحدائق والبساتين وزراعة الخضار والمقاثي [3] ، فهذا المزارع يختار لمعنى خاص فيبطل العقد بوفاته . ويتحقق في مزارع للزرع كالذرة والقمح والشعير والأرز مثلًا ، فهذا المزارع عام يحل محله ورثته ، ولا يبطل العقد بوفاته [4] .

وتنتهي المزارعة بنهاية المدة إن كانت محددة بنهاية ، فإن كانت بالزرعة الواحدة فتنتهي بنهايتها ، فإن قصّر أحدهما فيما لا يمكن أن تتحقق معه المزارعة جاز للمتضرر الفسخ ، ويتبع العرف في ذلك فهو محكم .

بند [71] الحكر

القانون الفرنسي :

الحكر : هو اتفاق يقبل فيه أحد الطرفين مقابل عوض من طبيعته تحسين العقار مع

---

(1) أوضحت المادة 620 مدني مصري و 627 كويتي أن أحكام الإجارة تسري على المزارعة .

(2) المزارعة عقد غير لازم عند الأحناف لأنها من قبيل المشاركات ، أما المالكية فذهبوا إلى لزومها بإلقاء البذر في الأرض ، لأن الشركات تلزم بالصيغة . وقد اتجه الفقه أخيرا إلى القول بلزوم المزارعة والمساقاة ، وهو ما بينته المادة 717 من مرشد الحيران بالنسبة للمساقاة ، ونصها : « عقد المساقاة لازم من الجانبين ، فلا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا الآخر إلا بعذر ، ويجبر المساقي على العمل إلا من عذر » .

(3) المقاثي : قثأ القِثأ والقُثأ بكسر القاف وضمها معروف وأرض مقثأة ومقثؤة كثيرة القثاء والمقثاء موضع القثاء وقد اقتثأت الأرض إذا كانت كثيرة القثاء . وفي الصحاح القثاء الخيار والواحده قثأة . لسان العرب : مادة قثأ ص 3533 .

(4) يقول الدردير : « ولزمت بالبذر ونحوه والبذر إلقاء الحب في الأرض لينبت ، ومثل البذر وضع الزريعة بالأرض مما لابذر لحبه كالبصل والقصب وهذا هو المراد بنحوه » . الشرح الصغير جـ 3 ص 197 .

الالتزام بإعطاء حق عيني عقاري خاص لمدة أقلها 18 ثمانية عشر عامًا ، ولا تزيد عن 99 سنة مع منح المستأجر حق الاستعمال والاستغلال أزيد من الإيجار المعتاد .

صفات عقد الحكر القانوني :

ترجع صفات عقد الحكر إلى أربعة أصول :

أولًا : مدة عقد الحكر : يجب أن لا تقل عن 18 ثمانية عشر عامًا ، ولا تزيد عن تسعة وتسعين سنة .

ثانيا : على المستأجر إجراء إصلاحات الحكر الضرورية وغير الضرورية ، بل وبناؤه وتحسينه بغير إمكان مطالبة المؤجر بأي تعويض عند نهاية الأجل .

ثالثًا : قلة قيمة الإيجار التي يدفعها المستأجر .

رابعًا : مراعاة إعطاء المستأجر حقًّا لاستغلال العين المحكرة ، بحيث يمكنه أن يتصرف بحرية تامة حتى في إقامة آلات ومعامل يصح له رهنها .

ويجب فيمن يعقد حكرًا أن يمكنه التمليك قانونًا ، فإن كان قاصرًا أو محجورًا عليه فلوصيه أو وليه ذلك بعد إذن مجلس العائلة والتصديق من المحكمة ، وللزوج الذي دفعت له زوجته مهرًا أن يعقد ذلك أيضًا في عقار المهر مع إذن زوجته وتصديق المحكمة .

واجبات المحتكر (المستأجر) :

يجب عليه دفع العوض المشترط وتنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في عقد الحكر ، وهو ملزم بالإصلاحات أيًا كان نوعها . لكن إذا هُدِم العقار بقوة قاهرة فلا يلزمه إعادة بنائه ، ولا يمكن للمستأجر التخلص من التزاماته بتركه للعين المؤجرة .

فإن لم يدفع الإيجار لمدة سنتين متتابعتين فللمؤجر طلب فسخ العقد . وليس للمستأجر طلب تخفيض الإيجار المتفق عليه لأي سبب كان ، حتى إذا تلف بعض العين المحتكرة أو تلف الزرع كلاً أو بعضًا .

وحق المستأجر المحتكر حق عيني يجوز له رهنه كحق المنتفع ويجوز له أن ينتفع بكافة أنواع الاستغلال ، لكن لا يغير طبيعة العين المحتكرة بما يقلل من الانتفاع بها . ويمكنه ترتيب حق الارتفاق للعين المحتكرة لها وعليها مدة عقد الحكر بشرط إخطار المالك ، كما أن له حق الانتفاع بالتوابع للعين المحتكرة وكذا الصيد برًا وبحرًا .

بند [72] الحكر

التشريع الإسلامي : الحكر [1] في التشريع الإسلامي يختلف باختلاف مواطن وجوده ؛ ففي مذهب الإمام أبي حنيفة الحكر له باب خاص ، وله أحكام كثيرة ؛ لأن بلاد المذهب كان بها الحكر من أنواع العقود المتعارفة . وفي مذهب الإمام مالك الحكر نوع من الإجارة لا أكثر ولا أقل فقط يختلف بطول مدته ، فأحكامه والتزاماته كأحكام الإجارة والتزاماتها كذلك فلا داعي للإعادة فارجع إليه إن شئت ، وعنه أُخِذ الحكر في التشريع الوضعي [2] .

بند [73] إيجار حفظ الماشية

القانون الفرنسي : هو عقد يعطي أحد الطرفين المتعاقدين محل تربية ماشية بما فيه من ماشية للطرف الآخر ليحفظها و يطعمها ويسقيها ويعتني بها بشروط يُتفق عليها بين الطرفين ، وهذا العقد فيه إيجار وشركة ، وهو ثلاثة أقسام :

أولًا : أن يشتركا فيما زاد من نتاج الماشية مناصفة ، ويختص المستأجر باللبن والسباخ الناتج من فضلاتها وشغل الماشية ، ويتحمل نصف الخسارة الجزئية ، ولا شيء عليه في التلف الكلي الناتج من حالة عرضية .

ثانيًا : أن يقدم كل من الطرفين النصف في الماشية لتكون الخسارة والمكسب بينهما مناصفة ، فيكون للمستأجر اللبن وشغل الدواب والفضلات .

ثالثًا : أن يعطي مالك الأرض إلى المستأجر أو المزارع الماشية بشرط أن يرد إليه ماشية بثمن هذه التي تسلمها عند نهاية العقد ، واللبن والشغل والنتاج يختص به المستأجر فقط .

---

(1) عرفت المادة 684 من مرشد الحيران الاستحكار والحكر بأنه « عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض للبناء أو للغراس أو لأحدهما » . أما المادة 1249 مدني أردني فقد جاء تعريفه فيها بأنه « عقد يكسب المحتكر بمقتضاه حقا عينيا يخوله الانتفاع بأرض موقوفة ، بإقامة مبان عليها أو استعمالها للغراس ، أو لأي غرض آخر لا يضر بالوقف لقاء أجر محدود » . وتناولت أحكام الحكر المواد 999 - 1015 من القانون المدني المصري . راجع بالنسبة للفقه الإسلامي حاشية ابن عابدين 391/3 وما بعدها ، 428 .

(2) انظر : البنود من 1800 إلى 1831 في الباب الرابع ، من الكتاب الثامن ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 96 : 102 .

بند [74] إيجار حفظ الماشية

التشريع الإسلامي : هذا النوع من الإيجار ليس موجودًا في عوائد البلاد وعلى فرض وجوده فهو غير جائز في بعضها ؛ لأن الأجر فيه مجهول .

ففي الصورة الأولى : وهي اشتراكهما في نتاج الماشية مناصفة واختصاص العامل باللبن والسباخ وشغل الماشية وتحمله نصف الخسارة تكون الإجارة فاسدة ؛ لأن النتاج مجهول فلا يعلم أتلد أم لا ؟ أيولد حيًّا أم ميتًا ؟ وكذا اللبن فهو مجهول قلة وكثرة ، وتحمُّل الخسارة في النصف لا يقابله شيء .

وهو من قبيل الشركة ، والشركة على هذا الوجه باطلة ؛ لأن هذا مقابل للعمل ، ويجب أن تكون الخسارة مقابلة للجزء المستحق للشريك في الشركة فمن يملك ربع الشركة يجب أن يتحمل ربع الخسارة وهكذا ، فهذا الوجه فاسد . فإن وقع فللأجير أجر مثله في عمله وما نتج عن الدواب من لبن وسباخ وشغل فهو لربها ، وعلى ربها الخسارة ، ولا شيء على الأجير إلا إن تعمد الإتلاف أو تسبب فيه . وقد سبق تفصيل ضمان الراعى في باب الإجارة ، وسيأتي في باب أجر العامل .

وفي الصورة الثانية : وهي الاشتراك مناصفة في الماشية والخسارة والمكسب على النصف ، وللمستأجر اللبن وشغل الدواب والفضلات فالشركة صحيحة ؛ لأن الشركة مناصفة في كل شيء ، واللبن والعمل والفضلات نظير أكل الدواب وهو صحيح ، وليس هذا من قبيل الإيجار ، وإنما هو شركة في الدواب .

وفي الصورة الثالثة : وهي إعطاء المستأجر ماشية بشرط أن يرد إلى المالك ماشية بثمن هذه التي استلمها عند نهاية العقد ، واللبن والشغل والنتاج والسباخ للمستأجر فالعمل صحيح . وليس هذا شركة ولا استئجارًا ، وإنما هو بيع بشرط ، فإن المالك حين إعطاء المستأجر الماشية يقومها فيعرف ثمنها ، وبذلك خرجت عن ملكه وأصبح ثمنها مضمونًا في ذمة المستأجر ، فلو هلكت أو ولدت أو زادت أو نقصت فتكون لحساب المستأجر ، ولا شأن للمالك بها . وقد تأجل دفع الثمن من المستأجر لمدة نهاية عقد الإيجار ، وهو شرط جائز . واشترط المالك على المستأجر أن يرد إليه بثمن هذه التي تسلمها ماشية أخرى هو شرط جائز ، بل هو توكيل له في شراء ماشية أخرى غير التي سلمها ، فهو عمل صحيح لا شيء فيه غير أنه بيع

بشرط من المالك ومن المستأجر وهو شرط جائز [1] .

بند [75] إيجار العمل

القانون الفرنسي : هو عقد يلتزم فيه أحد الطرفين عملًا محدودًا لصالح الشخص الآخر نظير أجر متفق عليه بينهما ، وهو قسمان :

الأول : أن يتعهد العامل بالعمل وبالمواد الأولية التي يصنع منها العمل ، فإن تلف العمل لأي سبب قبل التسليم فخسارته على العامل إلا إذا طالب الطرف الآخر بالاستلام فتأخر أو امتنع ، فعلى الممتنع تقع المسئولية .

الثاني : أن يتعهد العامل بالعمل فقط ، والمواد الأولية على الطرف الثاني . فإن تلف العمل فعلى المؤجر إلا إذا كان لخطأ الفاعل ، فإن تلف العمل قبل التسليم وقبل طلب تسليمه وفحصه بمعرفة المؤجر فليس للعامل أجر إلا إذا كان التلف لفساد المواد الأولية فله الأجر .

مسئولية متعهد الأشغال والمهندس :

متعهدو ومهندسو الأشغال ضامنون ما أتموا من عمل لمدة عشر سنوات من السقوط كلًّا أو بعضًا متى كان السقوط أو الانهدام نتج عن خلل في العمل أو من الأرض . وهذا وإن خالف القاعدة العامة في نهاية ضمان العمل متى انتهى وسلم ، لكن هذا يبرره أن العيب لا يظهر بسرعة ومرور الزمن كفيل بذلك فقدر له عشر سنوات .

حق العمال قِبَل المالك :

العمال الذين استخدمهم المتعهد في العمل وتجمد لهم في ذمته أجر لهم الحق في رفع دعوى ضد المالك للحصول على أجورهم في الذي لهذا المتعهد من دين في ذمته ، وليس معناه أنهم نائبون عن المتعهد في رفع الدعوى قِبَل المالك ، بل لهم هذا الحق مباشرة منحة من القانون .

ويتلاشى عقد العمل بموت المتعهد والمهندس ، وعلى المالك دفع ثمن المواد التى استخدمت لمصلحته وأجر ما تم من العمل بالنسبة للباقي متى كان هذا في صالح المالك ، ويجوز دائمًا للمالك فسخ عقد إيجار العمل . وعليه إذن دفع كل ما دخل في العمل من

---

(1) انظر : البنود من 1779 إلى 1799 في الباب الثالث ، من الكتاب الثامن ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 92 : 96 .

مواد وتعويض المتعهد أو المهندس عن عمله وما كان يكسبه منه متى تم العمل .

إيجار الخدمة :

هو عقد فيه يضع شخص نشاطه وعمله لخدمة شخص آخر لمدة محدودة نظير مكافأة متفق عليها بينهما ، وهذه هي عقود العمال والخدم ، وسيكون البحث في النقطتين الآتيتين :

أولًا : حرية الطرفين في إبطال العقد : يجب ألاَّ يزيد عقد إيجار الخدمة عن سنة واحدة ، فما دامت السنة لم تنته فليس لأحد الطرفين فسخ العقد وحده من غير تعويض الطرف الآخر ، فإن اتفقا تم الفسخ . فإن مضت السنة بطل العقد من نفسه بدون تنبيه أو إنذار . فإن بقي العامل بعد ذلك بدون تجديد عقد كان عاملًا لمدة غير محدودة فيجوز له الخروج متى شاء ، وليس على المؤجر أي تعويض عن المدة الزائدة عن العقد متى لم يقبل المؤجر بقاءه عنده .

فإن كانت مدة الإيجار غير محددة جاز لكل طرف فسخ العقد بعد إعطاء الآخر مهلة تختلف حسب المهن والعمل والعادة ، فإن أخرجه بدون أجل فله طلب أجر الأيام التي حرمه منها مدة الأجل ما لم يكن خروج العامل ضروريًّا اقتضاه سبب خطير .

فإن أخرجه بعد المهلة لكن لغير سبب حقيقي يدعو لإخراجه فللعامل طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه بفقده المكان اللائق به . ولا يجوز قانونًا اشتراط أن العامل تنازل مقدمًا عن أي تعويض يطلبه ممن استخدمه ؛ لأن الغرض من القانون حماية العامل من أصحاب المال .

ثانيًا : إصابة العامل وقت العمل : رب العمل مسئول قانونًا عن إصابة العامل وقت العمل حتى ولو لم يتسبب في ذلك ، حتى ولو نتجت إصابة العامل عن إهماله نفسه إلا إذا تعمد إصابة نفسه ؛ فلا ضمان على رب العمل .

وتمتد مسئولية رب العمل في أمراض العمال الناتجة عن العمل في حالتين :

1 – المرض الناتج عن معدن الرصاص وما يتركب منه من مباشرة صنعه .

2 - المرض الناتج عن معدن الزئبق وما يتركب منه من مباشرة صنعه .

ويطبق هذا المبدأ على كل عامل يعمل في الفابريكات ومحلات الاستغلال

التجاري ، والصناعي ، والزراعي ، أيًّا كان نوعها ما عدا الخدم والموظفين والعمال الخارجين الذين لا يدخلون محل العمل كالبواب والحارس مثلًا .

التعويض مقدرًا بالقانون :

قدر القانون في العاهات الناتجة عن العمل ما يأتي :

عاهة مستديمة مع فقد أهلية العمل يستحق معاشًا يوازي $\frac{2}{3}$ أجرته السنوية . عدم أهلية جزئية مستديمة يستحق له معاشًا $\frac{1}{2}$ ما أنقصته الإصابة من أجره . وللعجز المؤقت يستحق تعويضًا يوميا يوازي $\frac{1}{2}$ أجره وقت الإصابة إذا زاد العجز المؤقت عن أربعة أيام يعني من اليوم الخامس . وإذا تبع الإصابة الوفاة لزم رب العمل معاش لزوجة العامل وأولاده ، كما يلزمه أجر الطبيب وثمن الدواء وتجهيز ودفن المتوفى .

ضمان دفع التعويض :

دفع التعويض في الإصابة المؤقتة وثمن الدواء وأجر الطبيب مضمون بامتياز عام على جميع أملاك رب العمل . أما دفع التعويض عند الإصابة الدائمة أو الوفاة فإن المختص بالدفع الخزانة العامة لمعاش العجزة نظير ما يستقطع من أجر العامل أو من رب العمل شهريًّا حسب القانون .

بند [76] إيجار العمل

التشريع الإسلامي : هو عقد يلتزم فيه أحد الطرفين بعمل نظير أجر .

والفرق بين الأجير والصانع أن بائع منفعة يده إن كان لا يحوز ما فيه عمله كالبناء والنجار فهو أجير ، وإن كان يحوزه فإن كان لم يخرج فيه شيئًا كالخياط والحداد والصائغ فصانع ، وإن كان يخرج فيه شيئًا من عنده كالصباغ فبائع صانع . وليس للأجير والصانع أجر إلا بعد التمام إلا لعرف أو شرط فيعمل به .

والأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى ، ما عدا حامل الطعام والطحان ، فإن الإمام مالكًا ضمَّنهم ما هلك عندهم إلا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه [1] .

(1) يقول ابن عبد البر في باب تضمين الأجراء والصناع : « لا ضمان على صاحب الحمام ويحلف في مقطع الحق =

والصناع يضمنون ما هلك عندهم ، وكذا يضمن المشترك ومن عمل بأجر . ويضمن الصناع كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر أو قطع في المصنوع متى عمله في حانوته ولو بحضور صاحبه [1] .

وأجير الصانع لا ضمان عليه كان يعمل في حضرة صانعه أم لا . وعدم ضمانه للصانع ولا لرب الشيء المصنوع ؛ لأنه أمين للصانع ما لم يفرط . وقيل يضمن الأجير للصانع إذا غاب بالشيء المصنوع .

ويشترط في ضمان الصانع :

1 - أن ينصب نفسه لعموم الناس ، فلا ضمان على أجير خاص .

2 - أن يغيب عليها فيصنعها بغير حضور ربها وبغير بيته ، وإلا فلا ضمان عليه فيما نشأ من غير فعله كسرقة أو حريق بلا تفريط منه [2] .

3 - أن يكون المصنوع مما يغاب عليه ويمكن إخفاؤه .

ولو شرط الصانع نفي الضمان في حالة وجوبه فلا يعمل بالشرط وهو ضامن . وتفسد الإجارة بهذا الشرط .

ولو دعا الصانع رب السلعة لأخذها بعد فراغه من صنعته فتباطأ فادعى الضياع أو التلف فيضمن . قال ابن عرفة : « إن لم يقبض الصانع أجرته ، فإن قبضها صار بعد الفراغ وطلبه الأخذ وديعة فلا يضمن إلا أن تقوم بينة بإتلافه ، فإن تلف بلا تفريط فلا ضمان فتسقط الأجرة ؛ لأنه لا يستحقها إلا بتسليمه لربها ، فإن أحضرها الصانع

= بالله الذي لا إله إلا هو أنه ما خان ولادلس ولا فرط في الحرز ولا ضيع . . ولا ضمان على أجير ولا مستأجر إلا ما جنت أيديهما أو ضيعا أو تعديا كسائر الأمناء » ، وذهب مالك إلى تضمين من حمل القوت من الطعام .. ومن ذلك الطحان في الأرحاء يضمن ما انفرد بنقله .. « الكافي ص 375 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 312 .

(1) يقول ابن عبد البر : « وأما الصناع فضامنون لكل ما ضاع عندهم فيما يعتبرون عليه ، ولا يقبل قولهم في هلاك شيء مما قبضوه واستعملوا فيه إذا انفردوا به ، ولم يكن في منزل صاحبه ، ويضمنون ما أصابه من حرق أو فساد » . الكافي ص 376 . الشرح الصغير جـ 3 ص 312 .

(2) يقول الدردير : « وإنما يضمن الصانع مصنوعه بشرطين :

1 - إن نصب نفسه للصنعة للناس احترازًا عن الأجير لشخص خاص أو جماعة مخصوصين فلا ضمان عليه .

2 - وغاب الصانع عليه أي على الشيء المصنوع .

الشرح الصغير جـ 3 ص 314 .

مصنوعة حسب شرطهما ودعاه لأخذها فتركها عنده فادعى الضياع فلا ضمان عليه ؛ لأنه صار أمينًا إن كان دفع الأجرة وإلا كان رهنًا فيها فحكمه حكم المرتهن .

وعلى هذا فلو تعهد العامل بالعمل والمواد الأولية وتلف العمل قبل التسليم فضمانه من العامل إلا إذا طلبه للتسليم فتأخر أو امتنع ، وكان العمل مستوفيًا ما اتفقا عليه .

وإن تعهد بالعمل فقط : فإن تلف العمل فعلى صاحب العمل إلا إذا كان التلف بسبب العامل .

ويُعْمَل بالعُرف في تعهد العامل بضمان العمل مدة من الزمن . فمثلًا بناء المنازل والدور والحوانيت ضمانه أكثر مدة من صنع السلعة التي يتسارع إليها البلى ، فقول أهل الخبرة هو الفصل في تقدير المدة المتعين فيها ضمان الصانع .

حق العمال قِبَل المالك : هذا الحق ثابت للعمال من قبيل حق ما للمدين لدى الغير ، فيجوز للعمال مقاضاة مدين مدينهم للحصول على حقهم منه . وعليهم إثبات أن مدينهم يداين المالك وأنهم يداينون هذا المدين .

والحارس لا ضمان عليه في الدار أو البستان أو الطعام أو الثياب أو غيرها ؛ لأنه أمين إلا أن يتعدى أو يفرط . ولا عبرة بما كتب أو شرط على الخفراء في الحارات وكذا الرعاة . واستحسن بعضهم تضمين الحراس والخفراء والرعاة نظرًا لكونه من المصالح العامة [1] .

ومتى كان العامل مقصودًا في عقد العمل فإن العقد يتلاشى وتنفسخ الإجارة بوفاته ، وإن كان العامل غير مقصود بالذات في العمل فعلى ورثته القيام بما تعهد به من عمل قبل وفاته .

وعقد إيجار العمل يلزم بالعقد ويتأكد بالبدء في العمل ، فإن امتنع العامل فلا أجر له إلا إذا أتم ما تعاقد عليه . وإن امتنع صاحب العمل فعليه أجر العامل فيما صنع وما لم يصنع ؛ لأن عدم الاستيفاء جاء من جانب صاحب العمل . فإن اتفقا على الفسخ وكان ما صنع لا يتم به العمل فلا أجر للعامل ، وإلا وجب له بقدر عمله .

إيجار الخدمة :

وهو من قبيل إيجار منفعة شخص نظير أجر . غير أن أجير الصناعة يعمل شيئًا

---

(1) يقول الدردير : « حارس الدار ، أو البستان ، أو الزرع ، أو حارس طعام ، أو عرض لا ضمان عليه ؛ لأنه أمين » . الشرح الصغير جـ 3 ص 313 .

غير الخدمة وأجير الخدمة خاص بها . ويجب أن تكون مدة الخدمة معينة ولو بنوعها ككل شهر بكذا أو كل سنة مثلًا ، وأن يكون الأجر معينًا ولو في الجملة كاستئجار خادم بأكله وكسوته مثلًا . فإن ظهر أكولا فللمستأجر الفسخ ما لم يرض الخادم بالوسط وكسوته تكون بالوسط أيضًا .

ومتى تم العقد وكان مستوفيًا شروط العقود لزم كل واحد من الطرفين الوفاء بما التزم به للآخر . وبما أن الأجر نظير الخدمة فليس لأحدهما الفسخ منفردًا . ويدفع المخدوم أجر الخادم عن المدة التي قضاها في الخدمة ، وليس في التشريع الإسلامي تعويض إلا عن ضرر أصاب النفس أو المال . والخدمة ليست محددة بمدة معينة ، فيجوز استئجار خادم لمدة 15 عامًا ، وصبي قاصر من ولي أمره حتى يبلغ رشده .

فإن لم تحدد مدة الخدمة لا بالنوع ولا بالجنس كانت باطلة ، ويُعْطَى الخادم أجر المثل .

إصابة العامل وقت العمل :

رب العمل مسئول شرعًا عن إصابة العامل وقت العمل متى تسبب في ذلك ؛ لأن الضمان مقرون بالتعدي ولو في الجملة . فإن أهمل العامل فأصيب فلا ضمان على رب العمل . أما العمل في المعادن التي تسبب الضرر للعامل فيها فلا ضمان على صاحب العمل ؛ لأن قبول العامل العمل نظير أجره يجعله قابلًا ما يترتب على عمله من ضرر حال أو مستقبل ، ما لم ير ولي الأمر إحاطة العامل بضمان ضد إصابته من نفس المعدن كمعدن الرصاص أو الزئبق فيعمل بأمره ؛ لأن ذلك للمصلحة العامة [1] ؛ إذ فيه حفظ حياة العامل وصحته من عمل قد يودي بحياته ؛ فتفقد عائلته من يعولها بينما ينعم المالك بما اكتسب من عمل هذا العامل ، وهو ما يسمونه في عرف التشريع الحديث حقوق العمال أو لائحة المعادن والمناجم ، ففيها تشترط الجهة الحاكمة شروطًا صريحة لمصلحة العامل فيجب العمل والحكم بها .

ويجوز تقدير الضمان بأمر من الحاكم حتى لا تذهب أحكام القضاة مذاهب شتى في التقدير ، وعلى العموم فكل ما ذُكِر في هذا الباب من قبيل الأعمال الإدارية والنظم الاجتماعية لا يأباها التشريع الإسلامي بل يدعو إليها ، ويحض على العمل بها .

---

(1) يشير المؤلف إلى الضمان المبني على اعتبارات المصلحة العامة ، مما يعد تطورا جديدًا في فقه المسئولية المدنية . وأكثر تطبيقات هذا النوع من الضمان في إصابات العمال .

(نتيجة المقارنات من بند 59 إلى نهاية بند 76)

يتفق التشريعان فيما يأتي :

البيع الوفائي (الخيار) – مدة الخيار – إبطال العقد لوجود غبن فاحش – البيع بالمزاد – بيع الميراث – بيع الحق المتنازع فيه – الإيجار – دليل الإيجار – إيجار الشيء – التزامات المؤجر – مسألة الخسارة في العين المؤجرة – ضمان العين المؤجرة – التنازل عن عقد الإيجار – التأجير من الباطن – نهاية عقد الإيجار – أحكام خاصة بعقد إيجار الأطيان الزراعية – مدة الإجارة – المزارعة – الحكر – إيجار حفظ الماشية(في الجملة) – إيجار العمل – إيجار الخدمة .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

مدة الخيار – بعض صور حفظ الماشية .

بند [77]

الكتاب الثالث

العقود الصغيرة [1]

القانون الفرنسي : هذه العقود لا أهمية لها خاصة ، وإنما تذكر لبيانها بوجه عام ، وهي :

(1) البدل . (2) الشركة .

(3) القرض . (4) الوديعة .

(5) عقد الصدف والمقادير . (6) التوكيل .

(7) الصلح .

البدل في القانون الفرنسي :

وهو عقد به يعطي كل واحد من الطرفين شيئًا للآخر نظير ما يأخذه منه .

وهو يشبه عقد البيع ؛ لأنه إعطاء من الجانبين نظير عوض ، وهو عقد نهائي يضع البدل والمبدل منه في ملك كل طرف نهائيًا ؛ ويختلف عن البيع في أن البيع يقدم أحد الطرفين شيئًا ويقدم الآخر ثمنًا من النقد ؛ والبدل يقدم كل واحد من الطرفين عوضًا طبيعيًا لا نقدًا .

وشروط انعقاد البيع هي شروط انعقاد البدل فينتج من ذلك ما يأتي :

أولًا : البدل ينعقد كالبيع بإرادة المتعاقدين فقط بخلافها في القانون الروماني فلا ينعقد البدل إلا بالتسليم من كل من الطرفين ، فنص القانون الفرنسي على أن البدل ينعقد بإرادة المتبادلين بدون احتياج إلى التسليم في وجود حقيقة البدل .

ثانيًا : البدل لا يصح بملك الغير ، فلو علم أحد الطرفين أن ما تسلمه ليس ملك الطرف الآخر فلا يكون ملزمًا بتسليم البدل ، وإنما يرد ما استلمه الذي هو ملك الغير .

ثالثًا : إذا استحق البدل المسلم لأحد الطرفين للغير فللطرف الآخر الخيار ، إما أخذ ما سلمه بدلًا بفسخ عقد البدل ، وإما الرجوع عليه بتعويض .

---

(1) يلتفت إلى إطلاق هذا المصطلح غير المألوف في الدراسات القانونية والفقهية على مجموعة من العقود التي أصبح بعضها يكتسب أهمية كبيرة في العمل ، وقد لا تقل أهمية هذا البعض في العمل بها عن العقدين الأساسيين ، وهما البيع والإجارة . ومثال العقود ذات الأهمية المتزايدة في العصر الحديث الشركة والقرض والإيداع والتوكيل .

قواعد خاصة بالبدل :

1 - إلغاء العقد للغش لا يطبق في البدل .

2 – نفقات البدل تُقَسَّم مناصفة ؛ لأن كل واحد من الطرفين مشتر وبائع بخلاف البيع فهي على المشتري .

3 – عند الاختلاف في شرط غامض لا يفسر ضد واحد منهما كالبيع فيفسر ضد البائع ، وإنما يكون بينهما [1] .

بند [78] البدل

التشريع الإسلامي : وهو نوع من البيع ينطبق عليه تعريفه . وينفرد البدل فيما إذا كان الثمن والمثمن عينًا لا نقدًا كما إذا اشترى شخص أردبًّا من القمح بأردب بذرة قطن مثلًا فهو بيع حقيقة ويتحقق فيه البدل . غير أن الفقهاء المتشرعين من المالكية عقدوا بابًا خاصًّا أسموه (باب المبادلة والمراطلة) وخصوه بنوع خاص .

فالمبادلة : هي بيع العين ذهبًا أو فضة بمثله كذلك عددًا إن تساويا عددًا ووزنًا بشرط المناجزة . وإن لم يتساويا فلا تجوز إلا بسبعة شروط : القلة في العدد ستة فأقل ، والعدد والزيادة في الوزن فقط ، والزيادة السدس فأقل في كل دينار أو درهم ، وكونه على وجه المعروف ، وكونه بلفظ البدل [2] .

والمراطلة : وهي عين من ذهب أو فضة بمثله وزنًا إما بصنجة أو كفتين [3] .

والمبادلة والمراطلة جائزة بلا نزاع .

ومتى كان البدل نوعًا من البيع فيكفي في انعقاده إرادة الطرفين ، ويصح وإن

---

(1) انظر : البنود من 1702 إلى 1707 في الكتاب السابع ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 576 .

(2) يقول الدردير : « المبادلة وهي بيع العين بمثله عددًا إن تساويا عددًا ووزنا ، وتجوز المبادلة في الذهب والفضة .. وشرط الجواز القلة ستة فأقل ، والعدد ، وأن تكون الزيادة في الوزن فقط ، وأن تكون الزيادة السدس فأقل في كل دينار على وجه المعروف وأن تكون بلفظ البدل لا البيع » . الشرح الصغير جـ 3 ص 20 .

(3) يقول الدردير : « والمراطلة عين بمثله وزنا بصنجة أو كفتين ولو لم يوزن » . الشرح الصغير جـ 3 ص 21 . وقد عرف بعض المالكية بيع المراطلة بأنه بيع النقد بصنفه وزنا وكان هناك اختلاف بين الذهبين في الجودة والرداءة . انظر : الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 680/4 ، وحاشية الدسوقي 45/3 .

معاطاة من الجانبين . وبدل ملك الغير موقوف على رضاء المالك وهو المعروف بتصرف الفضولي ، وقد تقدمت أحكام بيع الفضولي .

فإذا استحق البدل من أحد الطرفين صح له الرجوع في عين شيئه ما لم يتغير ويحصل فيه ما يفيته ، وقد تقدم مفوتات المبيع كتغير في الذات أو الثمن أو نقل إلخ فارجع إليه إن شئت ، فإن حصل مفوت رجع بالقيمة يوم البدل .

وإلغاء العقد في الغش يطبق في البدل مادام المبدل منه قائمًا لم يحصل له مفوت شرعًا وإلا رجع بالقيمة كما سبق أو بالمثل إن كان مثليًا ؛ لأن البدل قسم من البيع .

وسبق في البيع أن نفقة تسليم المبيع على البائع ونفقة تسليم الثمن على المشتري إلا لعرف أو شرط فيعمل به . وعند الاختلاف في شرط بينهما يرجع للعرف والعادة فيؤخذ بقول من أشبه بيمينه فالعادة والعرف محكمان .

بند [79] الشركة

القانون الفرنسي : وهي أن يتفق شخصان فأكثر على وضع شيء مشترك بينهما بقصد استغلاله وقسمة ما ينتج منه على الجميع .

وهي عقد إلزام لكل طرف نظير التزام الآخرين نظير عوض .

وتتفق الشركة والجمعية في أن كل واحدة منهما تتكون من عدة أشخاص يتفقون على تحصيل غرض واحد . لكن تختلف الشركة عن الجمعية في أن غرض أعضائها مقصد مالي فقط تنشد ربحًا ماليًا بخلاف الجمعية ، فهي تنشد نتائج أدبية أو سياسية أو علمية أو دينية .

وتنقسم الشركة إلى قسمين : شركة مدنية ، وشركة تجارية .

فالشركة التجارية نوعان :

1 - الشركات التي تكونت لعمل أعمال تجارية .

2 - الشركات التي تكونت لعمل أعمال مدنية ، وهما منظمتان بشكل جمعية مساهمة لتكون خاصة بالتجارة .

وينتج عن هذا التقسيم عمليًا ما يأتي :

أولًا : أن الشركات التجارية تتبع المحاكم التجارية والمدنية تتبع المحاكم المدنية .

ثانيًا : الشركات التجارية يصح أن يحكم بإفلاسها أو بتصفيتها قضائيًا بخلاف الشركات المدنية فلا تقع تحت هذين الحكمين .

تقسيم الشركات المدنية :

ذكر القانون نوعين من الشركات المدنية :

1 - الشركات العامة . 2 - الشركات الخاصة .

فالشركات العامة تظهر في شكلين :

1 - شركة الأملاك الحاضرة . 2 - شركة كل الأرباح .

فالأولى هي وضع جميع أملاك الشركاء الحاضرة من عقار ومنقول شركة وما ينتج عن ذلك ، والثانية هي وضع كل ما يكسبه أي شريك منهم في الشركة من صناعته في الشركة فيدخل فيها المنقول لكل شريك والربح أيًا كان نوعه ومن أي ناحية مدة عقد الشركة .

والشركات الخاصة : هي ما طبقت على شيء خاص من المشتركين في نوع خاص محدود ، أو كان خاصًا باستعمال هذه الأشياء أو بثمرتها .

القواعد المكونة للشركات .

تكوين أي شركة كانت يتطلب اجتماع ثلاثة شروط :

أولًا : ضرورة وضع شيء لصالح الشركة : يجب على كل شريك أن يضع تحت تصرف الشركة أي شيء يعود على وجودها بالمنفعة ، مبلغ من المال ، عقار ، محل تجارة ، اختراع ، نشاط وذكاء في العمل إلخ .

ثانيًا : ضرورة تحصيل مقصد مالي : يجب أن يكون مقصد الشركة فائدة مالية تسعى إلى تحصيلها ، فإن لم يكن هذا غرضها انتقلت إلى جمعية لا شركة . ويتعلق بهذا أيضًا الخسارة ، فكل شريك يجب أن يتحمل الخسارة كما يشارك في المكسب ، فإذا خلت شركة من تحمل شريك المكسب والخسارة فهي لاغية .

ثالثًا : ضرورة وجود نية تكوين شركة ، فلو أعطى رب العمل إلى عماله أو موظفيه نسبة مئوية من مكسب العمل فلا تكون هناك شركة ؛ لأن نية تكوين شركة غير موجودة .

شخصيات الشركات المدنية :

الشركات المدنية لها شخصية معنوية كالشركات التجارية . وينتج عن ذلك ما يأتي :

1 - أملاك الشركة ليست ملكًا للشركاء بل ملكًا للشركة نفسها . وليس للشركاء حق إلا في قسمة الربح والخسارة فقط ، ولهذا كانت حقوقهم معتبرة منقولة وإن كانت بعض أملاك الشركة عقارًا .

2 - دائنو الشركة يختصون بمقاضاة الشركة دون غيرهم من دائني الشركاء الذين لا يداينون الشركة نفسها .

3 - لا تعمل مقاصة بين دين دائني الشركة وبين دين نفس الشركاء الشخصي .

4 - تعلن الشركة أمام القضاء الذي يقع في دائرته مركزها العام ، وتعلن في شخص مديرها الذي يمثلها قانونًا .

إدارة الشركة :

تعرض للشركة في إدارتها ثلاثة أحوال :

أولًا : أن يكون مدير الشركة معينًا في عقد وجود الشركة ، هذا المدير غير قابل للعزل ؛ لأن وجود الشركة مربوط بوجوده لوجود تعيينه في نفس العقد ، ومع ذلك إذا أساء في إدارته جاز للقضاء منعه من الإدارة وتعيين بدله .

ثانيًا : أن يكون مدير الشركة معينًا بعد وجود الشركة فهو نائب ووكيل يمكن عزله وتعيين بدله بمعرفة الشركاء .

ثالثًا : إذا لم يعين أحد مديرًا ، فلكل واحد من الشركاء الإدارة وعمله نافذ على باقي الشركاء حتى من غير أخذ رضائهم ما لم يعارض أحد الشركاء في العمل الذي بدأه قبل إتمامه فلا ينفذ .

تعهدات الشركاء بالنسبة للغير :

الشركاء ليسوا مسئولين قبل الغير إلا في ثلاث مسائل :

أولًا : حينما يكون الشريك الذي تعاقد عنده تفويض من شركائه بالتعاقد عنهم .

ثانيًا : حينما يكون الشركاء قد ساهموا جميعًا في التعاقد مع الغير .

ثالثًا : حينما يكون التعاقد قد عاد على الشركة بفائدة اغتنمها الجميع .

ومعنى تحملهم المسئولية أنهم ليسوا ضامنين متضامنين فيما التزمت به الشركة ، وإنما كل واحد يتحمل قدر نصيبه في الشركة فقط بصفته شريكًا .

قسمة الربح والخسارة :

يمكن تقدير ثلاثة أحوال :

الأولى : أن يحدد في عقد الشركة نصيب كل واحد في المكسب والخسارة ، فإن ذكر في العقد إعفاء شريك أو نصيب من الخسارة كانت الشركة لاغية ، وكذا إن خص واحد بالمكسب .

الثانية : أن يوكل لواحد من الشركاء أو لأجنبي توزيع المكسب والخسارة ، فعلى جميع الشركاء احترام عمله وتنفيذه ما لم يكن ظالمًا وغير مطابق لما وضع كل واحد في رأس مال الشركة ، فللمظلوم حق المعارضة في مدة ثلاثة أشهر من تاريخ علمه بما فعل المحكم في القسمة .

الثالثة : عدم تحديد نصيب كل شريك : في هذه الحالة يوزع الربح والخسارة حسب نصيب كل واحد بما وضع في رأس مال الشركة ، ونصيب من قدم صناعته في المكسب والخسارة كأصغر نصيب للشركاء .

حل الشركة :

أسباب حل الشركة : حددها القانون المدني :

1 - الموت ، المنع من التصرف قانونًا ، التصفية القضائية ، إفلاس الشركة ؛ لأن الشخص معتبر في تكوين الشركة فما يؤثر عليه يؤثر على وجود الشركة .

2 - مضي الوقت الذي حدد لوجود الشركة (انتهاء مدة وجودها المحدد) .

3 - تحقيق الغرض الذي من أجله وُجِدَت الشركة .

4 - اتفاق جميع الشركاء على حل الشركة التي حدد لها وقت تنتهي فيه قبل وقتها المحدد .

5 - صدور قرار قضائي بحلها قبل مجيء وقتها المحدد لسبب خطير أو لعدم قيام أحد الشركاء بتعهداته ، أو حصول مرض أقعد أحدهم عن القيام بواجبه .

6 - إرادة شريك واحد لحلها ما دامت غير محددة الوقت بشرط إبلاغه إلى جميع الشركاء في وقت مناسب ونية حسنة .

تصفية الشركة المنحلة :

متى انحلت الشركة وجب تصفيتها لمعرفة ديونها فتدفع ، وأعيانها فتباع ، وأرباحها أو خسارتها فتوزع على الشركاء [1] .

بند [80] الشركة

التشريع الإسلامي : الشركة [2] في المال إذن من كل واحد من الشركاء للآخر في التصرف في مال لهم مع بقاء تصرف أنفسهم [3] .

والشركة عقد التزام بين شريكين أو أكثر تعهد كل شريك بأداء التزاماته نحو الآخرين نظير عوض كشركة المال وبلا عوض كشركة الأبدان [4] .

وقد نظر المشرع الإسلامي إلى الشركة التي تكون لغرض كسب المال فقسم الشركة حسب وجودها إلى خمسة أقسام ، وأعطى لكل قسم أحكامه الخاصة به :

---

(1) انظر : البنود من 1832 إلى 1873 في الكتاب التاسع ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 102 : 112 .

(2) يقول الدردير : « الشركة عقد مالكي مالين فأكثر من مالكين كثلاثة على التجر فيهما أي في المالين معا » .. الشرح الصغير جـ 3 ص 182 ، 186 ، وحاشية الدسوقي 348/3 .

(3) تناولت المادة 505 من القانون المدني المصري والمادة 477 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية تعريف الشركة ، ونص مادة القانون المدني المصري : « الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخص أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال ، أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة ص 169 .

(4) شركة الأبدان هي : عقد على عمل كخياطة ، أو حياكة بينهما ، والربح بينهما على حسب مالكل ، أو عمله بما يدل عرفا . الشرح الصغير (182/3) . واشترط المالكية في العمل موضوع شركة الأبدان أن يتحد كخياطين أو يتلازم ، بأن يتوقف عمل أحدهما على عمل الآخر ، كأن يغوص أحدهما لطلب اللؤلؤ والثاني يمسك عليه ، واشترطوا كذلك أن يتساويا في العمل أو يتقاربا فيه . حاشية الدسوقي 361/3 . وقد أجاز هذه الشركة الحنفية والمالكية بالشروط المذكورة والحنابلة ، وأبطلها الشافعية والظاهرية والإمامية . انظر : البدائع 63/6 والمغني لابن قدامة 4/5 والبحر الزخار 94/4 والمدونة 42/12 ونهاية المحتاج 2/4 والمحلى 122/8 ، والمواد 1394 - 1397 من المجلة العدلية . وقد أشارت إلى هذه الشركة المادة 617 مدني أردني والمادة 682 عراقي .

أولًا – شركة المفاوضة : وهي شركة للتجارة برأس مال مدفوع من الطرفين أباح كل منهما التصرف لصاحبه ولو في نوع مما يتجران فيه ، وهذا النوع له أحكامه الخاصة به في كتاب الشركة في مذاهب الأئمة الأربعة [1] .

ثانيًا – شركة عنان : وهي أن يشترط كل واحد من الشركاء على الآخر عدم الاستقلال بالبيع والشراء والأخذ والإعطاء والكراء والاكتراء وغير ذلك مما تحتاج إليه التجارة ، فلو تصرف واحد منهما بدون إذن الآخر كان له رده .

وأما لو دخلا على أن لأحدهما التصرف المطلق دون الآخر فهل هي مفاوضة فيمن أطلق له ، وعنان فيمن منع فهي صحيحة أو فاسدة ؟ خلاف في الجواز وعدمه [2] .

ثالثًا – شركة جبر [3] : وهي أن يجبر المشتري على الشركة مع الغير بالشروط الآتية :

أن يُشْتَرَى بسوقه ، وأن يُشْتَرَى للتجارة ، وأن تكون التجارة في البلد ، وأن يكون المشرَّك (بالفتح) حاضرًا في السوق وقت الشراء ، وأن يكون من تجار تلك السلعة التى بيعت بحضرته ، وأن لا يتكلم .

فإن قال المشتري لمن حضر من التجار : أنا لا أشارك أحدًا منكم ، ومن شاء فليزد فلا جبر عليه في الاشتراك ، ولا إن اشتراها لسفر أو قنية أو في بيته .

رابعًا : شركة عمل : وتُسمى شركة الأبدان ، وهي أن يشترك شخصان فأكثر في عمل واحد أو عمل متقارب متعاونين .

وهذه الشركة لا تلزم بالعقد بل بالعمل . وتجوز هذه الشركة بالشروط الآتية :

1 – إن اتحد العمل كخياطين ، أو تلازم بأن توقف عمل أحدهما على عمل الآخر كنسيج وتنسير ، وكصياد ومجدف إلخ .

---

(1) تكون الشركة مفاوضة إن أطلق كل واحد التصرف ، إذا لم يقيد بنوع تسمى مفاوضة عامة ، وإن خصت بنوع سميت مفاوضة خاصة . الشرخ الصغير (186/3) .

(2) يقول الدردير : « ثم الشركة قسمان : مفاوضة ، وعنان ، ويترتب على كل منهما أحكام ، فأشار إلى الأولى إن أطلقا أي كل واحد منهما التصرف وإن كان بنوع خاص فمفاوضة .. » . إلخ . الشرح الصغير جـ3 ص 186 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 254 ، 255 ، والكافي ص 390 ، 391 ، 392 .

(3) شركة الجبر ، هي الشركة التي تنعقد فيما يشتريه أحد تجار سلعة معينة ، فيكون بينهم إذا دل عمله على رضاه بهذه الشركة . وهو مفاد الشروط التي ذكرها المؤلف . انظر حاشية الدسوقي 60/3 .

2 – أن يتساويا في العمل والغلة بأن يأخذ كل واحد بقدر عمله من الربح . فإذا كان عمل أحدهما الثلثين والآخر الثلث لم يجز إلا فض الربح على قدر العمل .

3 – أن يحصل التعاون بينهما ولو بمكانين [1] .

وفي هذه الشركة (شركة الصنعة) ما يقبله أحد شريكي الصنعة يلزم الآخر عمله وضمانه ، ويؤخذ بذلك لو افترقا بشرط أن يقبله في حضور صاحبه أو غيبته القريبة كاليومين والثلاثة وإلا لم يلزمه ولم يضمن .

خامسًا – شركة ذمم [2] : وهو أن يشتركا في شراء شيء غير معين بلا مال أي بدين في ذمتهما على أن كلًّا منهما حميل عن الآخر ، ثم يبيعاه والربح بينهما . فهذه الشركة غير جائزة لاشتمالها على عدة أصول ممنوعة ، فهي من قبيل تحمل عني وأتحمل عنك ، وهو ضمان بجعل وأسلفني وأسلفك وهو سلف جر نفعًا .

ولم يفرق التشريع الإسلامي في التقاضي بين التجارة وغيرها ، فالقاضي الواحد يحكم في المواد المدنية والتجارية على السواء ، على أنه لو خصص ولي الأمر قاضيًا لكل نوع لصح .

وشركة كل الأملاك الحاضرة جائزة متى كانت الأملاك معروفة مقدرة ومعلومة قيمة نسبتها للمجموع على أن يستحق كل واحد من الشركاء في الربح بنسبة ما قدم للشركة .

---

(1) تجوز الشركة في العمل عند المالكية بالشروط الآتية :

1 – إن اتحد العمل كخياطين ، لاخياط ، ونجار ، أو تلازم عملهما ، بأن كان أحدهما ينسج ، والثاني ينير ... والمراد بالتلازم توقف أحد العملين على الآخر .

2 – إن أخذ كل منهما من الربح بقدر عمله ، أي دخلا علي ذلك ولا يضر التبرع بعد العقد .

3 – إن حصل التعاون بينهما ، وإن بمكانين بحيث تجول يد كل منهما على ما بيد صاحبه كخياطين في حانوتين يأخذ كل منهما ما بيد صاحبه .

4 – إن اشتركا في الآلة التي بها العمل كالفأس ، والقدوم إما بملك أو إجارة من غيرها . الشرح الصغير (191/3) . وهذا هو مذهب المالكية فيما سبقت الإشارة إليه . أما الأحناف والحنابلة فيجيزونها ، سواء اتحد العمل أو اختلف . وقد ذهب إلى بطلانها الشافعية والظاهرية والزيدية انظر ما سبق من مراجع .

(2) شركة الوجوه أو الذمم أو المفاليس شركة بلا رأس مال ، أو العمل والضمان هو رأس مالها ، وتتألف حصة كل شريك في هذا النوع من الشركة من هذا الضمان والعمل ، وقد تناولت حكمها المادتان 619 ، 620 مدني أردني والمواد 657 – 659 عراقي . ويوافق ذلك المواد 1399 – 1403 من المجلة العدلية .

فلو فرض اشتراك شخصين بما ملكا ، وكان أحدهما يملك أعيان تجارة مثلا قيمتها 200 جنيه ، وكان الآخر يملك منقولًا من أدوات أو دواب للحمل والجر مثلًا قيمتها 100 جنيه ؛ كان الربح مقسمًا على الثلث والثلثين .

وشركة كل الأرباح جائزة ، وهي أن يضع كل من الشركاء جميع ربحه من عمله في الشركة ، فهي شركة الأبدان ، وهي جائزة بالشروط السابقة من اتحاد العمل أو تلازمه وأن يتساووا في الربح على قدر العمل وأن يحصل التعاون بينهما .

وأما الآلة في مثل هذه الشركة فلا تدخل في الشركة إلا إذا كان منصوصًا عليها في الاتفاق على أن يكون لها نصيب في الربح . وفي جواز إخراج كل واحد آلة مساوية ، وفي جواز استئجاره من الآخر أو لابد من ملك وكراء تأويلان في الصحة وعدمها . والشركة كما تكون في أنواع متعددة تكون في نوع واحد .

القواعد المكونة لكل الشركات :

والمراد بالقواعد الأركان المكونة للشركة هي :

أولًا : وجود عاقدين أو أكثر يكونون من أهل التوكل والتوكيل وهو الحر البالغ الرشيد .

ثانيًا : الصيغة ، ولزمت بما يدل عرفًا على الشركة قولا كاشتركنا ، أو من جانب واحد ويرضى الآخر ، أو فعلًا كخلط المالين والتجر فيهما .

وقيل : الشركة عقد يلزم بالقول كسائر العقود والمعاوضات . وهو قول ابن القاسم ، وقال غيره إن الشركة لا تلزم إلا بخلط المالين [1] .

ثالثًا : وجود المعقود عليه ، وهو المحل المعبر عنه برأس مال الشركة ؛ فلو غاب نقداهما معًا منعت الشركة كما في التوضيح . ولو غاب نقد أحدهما كلًّا أو بعضًا جازت الشركة إن لم يبعد كاليومين ، وإن لم يتجر بالحاضر لحضوره . فإن بعدت الغيبة أكثر من يومين امتنعت الشركة ، وكذا تمنع إن قرب واتجر فالربح لما حصل

---

(1) لا يشترط صيغة معينة بل ما يحصل به الإذن ، والرضا من الجانبين .. وصحتها أن تقع من أهل التصرف ، وهو الحر البالغ الراشد الذي يصح منه التوكيل . الشرح الصغير (182/3 ، ومابعدها) . وفي حاشية الدسوقي 348/3 أن الشركة تلزم بمجرد التعبير عن الرضا بالقول أو بالفعل ، « ولا يحتاج لزيادة على القول المشهور ؛ فلو أراد أحدهما المفاصلة قبل الخلط وامتنع الآخر فالقول للممتنع حتى ينض المال بعد العمل » حاشية الدسوقي 348/3 .

به التجر ، وفي شركة الأبدان يقوم العمل محل رأس المال .

وتصح بذهبين أو ورقين (فضة) أو مختلفين اتفق صرفهما ، وبعين وعرض وبعرضين وتحسب بالقيمة يوم أحضرها [1] .

ويتبع وجود رأس المال المكسب والخسارة فيتحمل كل شريك مكسبًا وخسارة حسب نصيبه في رأس المال .

وأما ضرورة وجود نية تكوين الشركة فليس بلازم ؛ لأن النية كما تكون فعلية تكون ضمنية ، فإعطاء رب العمل إلى عماله أو موظفيه نسبة مئوية من مكسب العمل لا تكون شركة ؛ لأن نية الشركة منتفية حتى ضمنًا ، ولكن خلط المال والتجر فيه بالفعل فيه نية الاشتراك الضمنية ، لهذا كانت شركة .

شخصيات الشركات المعنوية :

الشركات لها شخصية معنوية [2] يعني شخصية قضائية تقاضي وتتقاضى في شخص وكيل الشركة وهو مديرها ، فهي ملزمة لأعضائها والمشتركين فيها بما التزمت ، وينتج عن ذلك :

أولًا : أن أملاك الشركة ملك للمشتركين كل حسب نصيبه ، وإن كانت الشركة تقاضي وتتقاضى ، ولكن في حدود التزام المشتركين كل حسب نصيبه فيقسم الربح بين الجميع كل حسب نصيبه وكذا الخسارة ، ومن يملك الربح يملك ما نتج عنه الربح وهو ملك الشركة .

---

(1) تصح بذهبين أي أخرج هذا ذهبا ، والآخر ذهبًا ، ولو اختلفت السكة ، أو ورقين بان أخرج هذا ورقا ، والآخر ورقًا مثله إن اتفقا أي الذهبان ، أو الورقان صرفا ، ووزنا ، وجودة أو رداءة . الشرح الصغير (183/3) .

(2) تتضمن التقنينات الحديثة نصوصا تتصل بالشخصيات الاعتبارية ، ولذا ثار التساؤل حديثا حول معرفة الفقه الإسلامي لمثل هذه الشخصيات . ويبدو من الإجابات المختلفة عن هذا التساؤل أن مفهوم فقهاء المذاهب للذمة وأهلية الوجوب لا يتسع للاعتراف بمثل هذه الشخصية المعنوية ، ولذا اتجه الكثير من الفقهاء إلى عدم صحة الهبة للوقف والمسجد والمستشفى ، لأن هذه الجهة لازمة لها فلا تملك ، أما الوصية فقد جازت ، لانصرافها إلى معنى الإنفاق . ومع هذا فإنهم كثيرا ما يقررون لهذه الجهات أحكاما تقتضي قدرتها على اكتساب الحقوق والمطالبة بالواجبات ، مما يبرر القول باعتراف الفقه الإسلامي بالشخصية المعنوية ، وقد نصت المادة 506 مدني مصري على اكتساب الشركة الشخصية القانونية بمجرد تكوينها ، وهو ما نصت عليه المادة 583 مدني أردني ، 627 سوري .

وأملاك الشركاء ليست معتبرة منقولة بل هي حسب طبيعتها في الشركة ، فالعقار غير منقول وأعيان التجارة منقولة مثلًا ؛ لأن الحكم على الشيء بمنقول وغير منقول راجع لطبيعة وجوده لا لاعتبارات أخرى إلا ما كان ملحقًا بالعقار أو بالمنقول كما سبق الإشارة لذلك في محله .

ثانيًا : دائنو الشركة يختصون أولًا بمقاضاة الشركة دون غيرهم ؛ لأنهم عاملوها على اعتبار أن مالها ضمان لديونهم فيختص دائنوها أولا بدينهم قبل الشركة . لكن لو فُرِض وأفلس أحد الشركاء في تجارة أخرى ولم يف ماله بديونه فلدائنيه أخذ نصيبه في الشركة حتى يتم سداد ديونهم . ولو فُرِض أيضًا أن أحد الشركاء أفلس والشركة أفلست اختص دائنو الشركة بمال الشركة ودائنو أحد الشركاء بماله . فإن وفَّى لكل منهما كان بها وإلا استوفى الدائنون من مال الشركة في نصيبه أو من ماله الخاص بما بقي لهم حسب نصيبه في الشركة .

ثالثًا : لا تعمل مقاصة بين دين دائني الشركة وبين دين نفس الشركاء الشخصي ؛ لأن شرط الشركة المدخول عليه أن لا يُقْضى دين الشركاء من رأس مال الشركة إلا إذا كانت الشركة مفاوضة فيكون الشريك هو المتصرف نفسه فتعمل معه مقاصة .

ولكن الظاهر من تصرفات الشريك المنصوص عليها أنه لا يعمل إلا في حدود مصلحة الشركة . فلو تصرف في غير مصلحة الشركة فلشريكه رد تصرفه ، ومعنى هذا أن المقاصة الودية لا تصح بغير إذن الشريك ، فإن حكم بها حاكم نفذت في نصيبه كما في الإفلاس المحكوم به فإن حصة الشريك المفلس تباع عليه ، وتُصَفى نفاذًا للحكم وسدادًا للدين .

ولكن المقاصة بين دين دائني الشركة وبين دين نفس الشركاء لا يجوز ؛ لأنه يتعين أولا إثبات مديونية الشركة بدين صحيح وهي تقاضي وتتقاضى ، ثم إثبات أن الشركة لا وفاء فيها لهذا الدين (يعنى أنها في حالة إفلاس) ثم معرفة نصيب هذا المدين في دين الشركة المذكور والرجوع به على الشريك المذكور ، وبذلك يكون دينًا شخصيًّا واجب السداد .

إعلان الشركة في مركزها العام يرجع إلى طرق التقاضي . فليس هذا من الأحكام الفقهية ، وتعلن وتقاضى في شخص وكيل الشركاء في غير المفاوضة ، وأما في المفاوضة فينوب أحد الشريكين عن الآخر في جميع أعمال الشركة حتى قيل : وللشريك أن يقر بدين في مال الشركة لمن لا يتهم عليه ويلزم شريكه إلخ .

إدارة الشركة :

إدارة الشركة [1] ترجع إلى صفتها الأساسية ، (مفاوضة وعنان وعمل إلخ) ، وذلك :

أولًا : شركة المفاوضة : وهي التي يكون لكل شريك حق التصرف ، فيصح انفراد أحدهما أو كليهما ، ولأحد الشريكين التبرع من مال الشركة إن خف أو كان للاستئلاف ، وله إعارة آلة [2] والتصدق بقليل ، وله دفع مال الشركة لغيره لمشتري بضاعة من بلد كذا ، وله أن يقارض إن اتسع المال في الإبضاع والقراض ، وأن يودع مال الشركة لعذر وإلا ضمن ، وله أن يشارك في شيء معين من مال الشركة أجنبيًا لا يعمل في الشركة ، وأن يقيل من البيع ، ويولي سلعة جرت للتجارة ويقبل المعيب وإن أبى الآخر في الجميع . وله أن يقر بدين في مال الشركة لمن لا يتهم عليه ويلزم شريكه ما أقر به ، وله أن يبيع بالدين بغير إذن شريكه لا الشراء بالدين [3] ، فإن فعل خيّر الشريك بين القبول والرد فيكون الثمن على المشتري فقط .

ولا يجوز لأحد المتفاوضين أن يشارك شخصًا آخر أجنبيًا مفاوضة إلا بإذن شريكه ولو في معين من مال الشركة .

ثانيًا : شركة العنان : وهي أن يشترط كل واحد على شريكه عدم الاستقلال بالبيع ، والشراء ، والأخذ ، والإعطاء ، والكراء ، والاكتراء وغير ذلك مما يحتاج إليه في التجارة ، فلو تصرف واحد منهم بدون إذن الآخر كان له رده .

---

(1) أوضحت المادة 521 مدني مصري أن « 1 – على الشريك أن يمتنع عن أي نشاط يلحق الضرر بالشركة ، أو يكون مخالفا للغرض الذي أنشئت لتحقيقه . 2 – وعليه أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة ، إلا إذا كان منتدبا للإدارة بأجر فلا يجوز أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد » . وهو ما تناولته المادة 597 مدني أردني والمادة 495 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية والمادة 641 عراقي ، والمادة 1350 من المجلة العدلية .

(2) لأحد المتفاوضين التبرع في مال الشركة بغير إذن شريكه بشيء كهبة إن استألف بالتبرع قلوب الناس للتجارة أو خف المتبرع به كإعارة آلة كحبل ، ودلو ، وإناء . الشرح الصغير (186/3) .

(3) ولأحد المتفاوضين أن يشارك في شيء معين أجنبيا حيث لا تجول يده في مال الشركة ، وأن يقبل المعيب إذا باعه هو أو شريكه ثم رد بالعيب ، وإن أبى الآخر ، وله أن يقر بدين عليه من مال الشركة لمن لا يتهم به ، ويلزم شريكه الآخر لمن لا يتهم عليه ، كابن ، وزوجة وصديق ملاطف ، فلا يلزم صاحبه ، وله أن يبيع سلعة من مال الشركة بدين أي بثمن لأجل معلوم ولايجوز له الشراء بالدين . الشرح الصغير (186/3) .

ثالثًا : شركة العمل : (شركة الأبدان)[1] ، وهي أن يتفق عاملان رأس مالهما العمل على أن يعملا والربح بينهما . ومتى استوفت هذه الشركة شروطها – وهي اتحاد العمل أو تقاربه ، وتساويهما فيه ، وحصول التعاون بينهما – لزم الشريك ما قبله شريكه ، ولزمه العمل معه ، وتحمل معه في ضمانه إن ادعى تلفه ، ولو حصل التلف بعد المفاصلة بينهما .

ومحل لزوم الضمان والعمل فيما قبله الشريك لشريكه إذا قبله في حضور صاحبه أو غيبته القريبة كاليومين والثلاثة ، وإلا لم يلزمه ولم يضمن .

فإن عمل أحدهما منفردًا لمرض الآخر أو غيبته يومين شاركه الآخر الغائب أو المريض في الغلة ، وإن عمل في أزيد من ذلك انفرد بأجر المثل له والأجر الأصلي بينهما كخياطة ثوب بعشرة وأجر العامل أربعة فيقسم بينهما ستة . فإن كان العمل مياومة كبنائين ونجارين اختص العامل بجميع أجر عمله .

ومدير الشركة وكيل من كل وجه عن الباقين فيما وكّل فيه ، سواء عين في العقد أو بعده يجوز عزله لوكالته عن كل شريك بعينه .

فإن اشترط إدارة واحد من الشركاء دون غيره ففي ذلك خلاف ؛ لأن شركة المفاوضة تقضي بالإذن لكل واحد بالتصرف مع بقاء حق التصرف للشخص نفسه ، وفي هذا المثل لا تصرف إلا لواحد فقط . وفي شركة العنان التصرف لا يكون إلا من الشركاء مجتمعين وهنا ليس كذلك ، فهذه شركة مركبة من عنان ومفاوضة فقيل : تجوز . وتصرف المدير صحيح وملزم لجميع الأعضاء إلا فيما لا يعود على الشركة بفائدة ؛ لأنه وكيل خرج عن نوع الوكالة في شيء خاص ، وقيل : لا تجوز ، والأول أصح .

وفي حالة عدم تعيين وكيل يرجع لعقد الشركة وطبيعتها ثم يتبع حكم النوع من عنان ومفاوضة إلخ كما سبق بيان ذلك .

---

(1) شركة الأبدان هي : عقد على عمل كخياطة ، أو حياكة بينهما ، والربح بينهما على حسب ما لكل أو عمله بما يدل عرفا . الشرح الصغير (182/3) . وقد تناولت المواد 611 – 618 مدني أردني والمواد 676 – 683 عراقي والمواد 525 – 529 مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية أحكام شركة الأبدان أو الأعمال بما لا يختلف عما هو منصوص عليه في كتب المذاهب التي أجازت هذا النوع من الشركة ، وهم الحنفية والحنابلة والمالكية وإن قيدها الأخيرون بشروط معينة طبقا لما تقدم ، وهي الاتحاد في العمل أو تلازمه ، وأخذ كل منهما من الربح بقدر عمله وحصول التعاون وإن بمكانين . الشرح الصغير 191/3 .

تعهدات الشركاء بالنسبة للغير :

للشركة أن تتعاقد مع الغير ممثلة في شخص مديرها أو أحد الشركاء فتلتزم للغير ويلتزم الغير لها ، ومتى وقع هذا الالتزام صحيحًا فالشركاء ملزمون بهذا الالتزام كل حسب نصيبه في رأس مال الشركة فتتحقق مسئولية الشركاء فيما إذا كان من تعاقد عن الشركة يملك ذلك بتوكيل من الشركاء ، أو أنهم جميعًا تعاقدوا ، أو كانت الفائدة قد عادت على الجميع في أموال الشركة من عمل واحد منهم مثلاً .

وبما أن الشركة لا تقتضي ضمانًا ولا تضامنا فالشركاء ليس بينهم تضامن فيما التزمت به الشركة فكل واحد منهم يدفع أو يؤدي قيمة ما خص نصيبه في رأس المال فقط .

قيمة الربح والخسارة :

الربح والخسارة والعمل يُفَضُّ على الشريكين بقدر المالين من تساو وتفاوت إن شرطا ذلك أو سكتا عنه ، فتفسد بشرط التفاوت وتفسخ قبل العمل ، ولكل واحد أجر عمله للآخر .

ولكل واحد منهما التبرع لشريكه بشيء من الربح أو العمل والسلف والهبة بعد العقد لا قبله ولا في صلبه فلا يجوز [1] .

والقول لمدعي التلف والخسارة عند تنازعهما ؛ لأنه أمين [2] .

والتلف ما نشأ لا عن تحريك فعل أحد الشركاء بل بأمر سماوي أو لص ، وأما الخسران فهو ما نشأ عن تحريك وحلف المتهم إن لم يظهر كذبه وإلا غرم .

والقول لمدعي النصف بيمين وحملا عليه في تنازعهما [3] . وإذا أقر واحد من الشركين بدين عليهما بعد تفرق وانفصال مع طول أم لا أو موت فهو شاهد في غير نصيبه ، إذا كان لمن لا يتهم عليه يحلف معه المقر له ويستحقه . وأما في

---

(1) ولأحد الشريكين التبرع لصاحبه بشيءمن الربح ، أو العمل بعد العقد على الصحة . الشرح الصغير (188/3) .

(2) القول في تنازعهما في التلف أو الخسر لمدعي التلف أو الخسر لأنه أمين ، ويحلف إن اتهم ، وهذا إن لم يظهر كذبه ، والا غرم . الشرح الصغير (188/3) .

(3) القول لمدعي النصف عند تنازعهما فيه ، وغيره لأنه الأصل إن حلفا ، وكذا إن نكلا ، ويقضي للحالف على الناكل ، هذا قول أشهب ، وقال ابن القاسم : إن ادعى أحدهما النصف ، والآخر الثلثين أعطي مدعي النصف الثلث ، ومدعى الثلثين النصف ، وقسم السدس بينهما . الشرح الصغير (189/3) .

نصيبه فيؤاخذ به ولو لمتهم عليه ، وضمان المالين منهما إن خلطاهما حسًّا بأن لم يتميز أحدهما عن الآخر ولو حكما بأن يكون كل منهما في صرة منفردة وجعلا في حوز أجنبي أو أحدهما فقط فضاعت أو واحدة فضمانها منهما ، وإن لم يحصل خلط فالتالف من ربه وحده . وما ابتيع بغير التالف فبينهما على مادخلا عليه للزوم الشركة بالعقد وعلى صاحب المال المتلف ثمن حصته .

وغير جائز توكيل أجنبي في توزيع أرباح الشركة إلا على قدر الأنصباء [1] .

حل الشركة :

قد يكون من أسباب حل الشركة الوفاة ؛ ففي شركة المفاوضة يقتضي وجود الشريك بنفسه ؛ لأن كل واحد صرح لشريكه بالتصرف مع تصرفه هو فنفس الشريك ملحوظ في تكوين الشركة . وفي شركة العنان كل منهما منع صاحبه من التصرف إلا مع وجود صاحبه فوجود الشريك نفسه ملحوظ في الشركة . وفي شركة العمل ظاهر فيه وجود الشريك ، فوفاة الشريك في هذه الأنواع الثلاثة يوقف سيرها فَتُحَل .

ولكن في الشركات المساهمة وهي التي تجمتع من عدة مساهمين إما غير معروفين ؛ لأن السند لحامله وهو المعروف في الشركة (سند نمرة كذا) ، وإما معروفون ؛ لأن السند يكون اسميا مكتوبا عليه مالكه ومسجل في الشركة ، ففي مثل هذه الشركات وفاة المساهم (الشريك) لا يؤثر على وجود الشركة ؛ لأن أسهمها تباع في السوق المالية فلا تنحل الشركة بوفاة أحد المساهمين ، وفي هذه الحالة إذا وجد قُصَّر للمتوفى تحفظ أسهمهم إذا كان في بقائها مصلحة لهم أو تباع بأمر المجلس الحسبي .

ومثل الوفاة المنع من التصرف لجنون أو تبذير (سفه) .

---

(1) جمهور الفقهاء على وجوب توزيع الربح والخسارة بحساب ما لكل من الشركاء في الشركة ، لا يجوز التفاوت في هذا ، وكأن الربح نماء المال وحده فيستحق الربح على قدره . ووافق الأحناف على هذا في الخسارة ، لأن معناها نقص المال المملوك لكل شريك فيقع على مالكه . أما بالنسبة للربح فإنه يتحقق بالمال أو بالعمل ، وقد يكون أحد الشريكين أمهر من الآخر في العمل ، فله أن يستحق في مقابلة ذلك شيئا من الربح إن رضي به الطرف الآخر . انظر : المغني لابن قدامة 34/5 ، ونهاية المحتاج 166/4 والشركات في الفقه الإسلامي للمرحوم الشيخ علي الخفيف ص 51 والحصة بالعمل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي للدكتور السيد علي السيد ص 150 وما بعدها .

والتصفية القضائية والإفلاس توجبان حل الشركة بجميع أنواعها ؛ لأن بقاء الشركة منوط بقدرتها القانونية على الإلزام والالتزام ، ومع التصفية والإفلاس لا قدرة للشركة على الوفاء بالتزاماتها .

وتنحل الشركات بمضي الوقت المحدد لوجودها ، وتنحل باتفاق جميع الشركاء على حلها ، وتنحل بأمر ولي الأمر بحلها للمصلحة العامة لسبب خطير .

وتنحل بحصول مرض أقعد أحدهم عن العمل لأكثر من ثلاثة أيام في شركة العمل إذا لم يقبل العامل منهم استمرارها ، فإن عمل أحدهما منفردًا لمرض الآخر أو غيبته يومين شاركه المريض الغائب في الغلة ، وإن عمل في أزيد من ذلك انفرد بأجر المثل له ، والأجر الأصلي بينهما ، فإن كان العمل مياومة اختص العامل بجميع أجرة عمله .

إرادة الشريك الواحد لحل الشركة يكفي لحلها في المفاوضة والعنان والعمل ما دامت غير محددة ، فإن كانت محددة عمل بالشرط بينهما وأجبر من أبى عدم تنفيذ ما تعهد به .

تصفية الشركة المنحلة :

متى انحلت الشركة استحق كل شريك فيها قيمة نصيبه في رأس المال ربحًا وخسرانًا [1] .

بند [81] القرض

القانون الفرنسي : للقرض نوعان : نوع للاستعمال ، ونوع للاستهلاك .

الأول – القرض للاستعمال [2] : وهو عقد به يعطي المقرض شيئا إلى المقرض إليه أو المقترض يستعمله مع رده بطبيعته إلى المقرض بعد الاستعمال ، وصفاته القانونية هي :

1 – هذا عقد يحتوي على الالتزامات المتبادلة ، وإن كان ذلك غير ظاهر فيه ؛ لأن الملتزم هو المعير ، لكن المستعير قد ينفق لحفظ الشيء المستعار ، وواجب عليه رد الإعارة .

---

(1) راجع تفصيل ذلك في : الشرح الصغير جـ 3 ص 184 ، 185 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 254 ، 255 . وقد تناولت المواد 526 – 531 مدني مصري ، والمواد 500 – 505 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية أسباب انقضاء الشركة ، وهو ما تناولته المواد 601 – 605 من القانون المدني الأردني ، والمواد 646 – 650 عراقي .

(2) أي استعمال الشيء المأخوذ من صاحبه ورده إليه بعد استعماله ، وهذا هو ما يطلق عليه العارية في الفقه الإسلامي .

2 – هذا عقد بدون مقابل ، فلو كان بمقابل لكان إيجارة .

3 – هذا عقد عيني بمعنى أن القرض لا يتحقق إلا بتسليم العين المعارة ، ولا يمكن رد شيء لم يستلمه المستعير ، ولا زالت العين المستعارة باقية على ملكية المعير . فقط تنازل عن وضع اليد والانتفاع للمستعير .

واجبات المستعير (المقترض) : يجب على المستعير شيئان :

أولًا : المحافظة على العين المستعارة ؛ فلا يستعملها إلا حسب طبيعتها وحسب اتفاق الطرفين ، فلو صدر منه خطأ لا يصدر من أبي العائلة عند استعمال أملاكه فهو ضامن خطأه .

ثانيًا : رد العين المستعارة نفسها . ولا يمكن المستعير إمساك الشيء المستعار نظير ماله عند المعير مقاصة ، وإن اقترض جماعة شيئًا كانوا ضُمَّانًا في رده للغير .

فقد الشيء المستعار : القاعدة أن فقد الشيء المستعار أو تلفه يكون على حساب المعير إذا كان ذلك بحالة عرضية . ويستثنى من ذلك الأحوال الآتية فيضمن المستعير ولو كان التلف بحالة عرضية :

1 – متى استعمل المستعير الشيء المعار في شيء غير استعماله الموجود له ، أو استعمله أزيد من الوقت المحدد للاستعمال فضمانه عليه .

2 – إن أتلف الشيء المستعار عند استعماله بحالة عرضية ، وكان يمكن المستعير استعمال شيئه معه لضمان بقائه ، أو كان يمكنه استعمال شيئه دونه فلم يفعل فهو ضامن .

3 – متى قدر ثمن الشيء المستعار وقت الإعارة ؛ لأن تقدير الثمن يساوي بيعًا .

التزامات المعير :

المعير ملزم بشيئين :

أولًا : تعويض المستعير عما أنفقه فوق العادة ، ويجب أن تكون النفقة تقتضيها الضرورة حتى عملها دون إخطار المعير .

ثانيًا : المعير ضامن عيب الشيء المعار ، وعليه تعويض المستعير إذا كان يعرف ذلك ولم ينبه المستعير إلى ذلك .

قرض استهلاك : وهو عقد به ينقل شخص ملكية كمية من الأشياء التي تستهلك عادة بالاستعمال إلى شخص آخر يتعهد برد كمية من الأشياء من نفس

جنسها إلى المقرض كقرض نقود ، وصفاته :

أولًا : أنه عقد عيني بمعنى أنه لا يتحقق إلا بتسليم العين المعطاة قرضًا مع ملاحظة أن هنا نقل الملكية للمقترض ، وهو ضروري لإمكان الاستهلاك بالاستعمال .

ثانيًا : أنه عقد فيه التزام من جانب واحد وهو المقترض .

ثالثًا : أنه عقد بدون مقابل .

التزامات المقترض : المقترض ملزم برد ما اقترضه بنفس الكمية والصنف في الموعد المحدد بينهما . لهذا كان فقد القرض أو تلفه على حسابه ؛ لأنه مدين بجنس القرض لا بعينه ، وإذا لم يحدد زمن رد القرض فللقاضي إعطاء مدة حسب الظروف .

فإن ذكر أنه يدفع متى أمكنه حدد القاضي مدة كما يرى الملابسات .

الاتفاق على الفائدة : أباح القانون شرط الفائدة في قرض النقود والحبوب فحدد في الدين المدني 5٪ في السنة ، وفي التجاري كما يتفق الطرفان . وقد أوقف هذا عقب حرب سنة 1918 لمدة معينة [1] .

بند [82] القرض

التشريع الإسلامي : يصح تسمية العارية قرضًا ، فيطلق القرض على نوعين يدخلان في إعطاء شخص لآخر متاعًا لينتفع به بإفنائه أو باستعماله ليرد عينه على مالكها أو بدله تبرعًا بدون مقابل من المقترض [2] .

---

(1) انظر : البنود من 1892 إلى 1914 في الباب الثاني ، من الكتاب العاشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 116 : 120 .

(2) يقول الدردير : « القرض وهو المسمى في العرف بالسلف ، والقرض إعطاء متمول من مثلي أو حيوان أو عرض في نظير عوض مماثل صفة وقدرًا للمعطي كائن ذلك العوض في الذمة لنفع المعطي » . الشرح الصغير جـ 3 ص 116 راجع الكلام عن العارية في بداية المجتهد جـ 2 ص 313 وما بعدها . وقد جاء تعريف العارية في المادة 635 مدني مصري ، ونصها : « العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال » . وهو ما جاء في المادة 632 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ، والمادة 760 مدني أردني والمادة 847 عراقي . ويتفق ذلك التعريف مع ما جاء في المادة 756 من مرشد الحيران ، والمادة 374 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام أبي حنيفة انظر حاشية ابن عابدين 767/4 وحاشية الدسوقي 413/3 .

وينفرد القرض في نوع خاص وهو أن يكون العطاء للاستعمال والإفناء فيرد مثله لا عينه . على أنه يجوز رد عينه إذا لم يستعمل فتتغير [1] . وتنفرد العارية في رد الشيء المستعار بذاته والضمان عند التعدي بالتلف أو الإتلاف بخلاف القرض فلا ضمان فيه لوجوب رد المثل [2] .

والقرض بنوعيه - عارية وقرض - عقد بدون مقابل ، وحقيقة القرض توجد بمجرد الصيغة . وللمقترض أو المستعير طلب الحكم له على المقرض أو المعير بتسليم العين المعارة أو التي أقرضها مالكها . والعين المعارة لا تزال على ملكية صاحبها والشيء المقترض أصبح ملكًا للمقترض ، ويجب على المستعير المحافظة على العين المعارة واستعمالها كما لو كان مالكًا لها برفق [3] ، وقد قال الإمام مالك رضي اللّه عنه : « إنه إذا استعمل العارية استعمالًا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال » .

وعلى المستعير إخلاء المحل المعار (مثلًا) كما كان ، وإرجاع الشيء المستعار على حالته بعد الاستعمال [4] ، وإذا استعار جماعة شيئًا فهم ضامنون له كل حسب نصيبه بلا تضامن .

---

(1) يرد المقترض على المقرض مثله قدرًا ، وصفة ، أو عينه إن لم يتغير في ذاته عنده ، فإن تغير تعين رد مثله . الشرح الصغير (118/3) .

(2) يضمن المستعير ما يغاب عليه كالحلي ، والثياب مما شأنه الخفاء إن ادعى ضياعه إلا لبينة على ضياعه بلا سببه بخلاف ما لا يغاب عليه كالحيوان ، والعقار . الشرح الصغير (231/3) .

(3) يجوز للمستعير فعل المأذون له فيه ، ومثله . أما إذا كان أضر مما استعارها له فلا يجوز . الشرح الصغير (232/3) .

(4) بينت المادة 641 مدني مصري واجب المستعير في العناية بالشيء المستعار ، ونصها : « 1 - على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله ، دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد . 2 - وفي كل حال يكون ضامنا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك من حادث مفاجئ أو قوة قاهرة وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص ، أو كان بين أن ينقذ شيئا مملوكا له ، أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ ما يملكه » . وهو ما تناولته المادة 640 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية والمادة 770 مدني أردني ، والمادتان 857 ، 858 عراقي ، والمادة 656 كويتي . وفي الفقه الإسلامي اتجاهان في تضمين المستعير ، أولهما اتجاه الحنابلة ، وهو تضمين المستعير هلاك المستعار وتلفه مطلقا ، سواء كان بسبب من جهته أو بقوة قاهرة ، لأن القاعدة في هذا المذهب أن من حاز مال غيره لمصلحة نفسه ضمنه مطلقا . والآخر أن الشيء المعار أمانة في يد المستعير ، فلا يضمنه إلا إذا فرط في الحفظ أو تعدى في استعماله . وهو مذهب جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية . أما المالكية فيضمنون المستعير فيما يغاب عليه مطلقا ، أما ما لا يغاب عليه من الأموال كسيارة مثلا فلا يضمنها المستعير إلا بالتفريط أو التعدي . راجع المادة 1306 من مجلة الأحكام الشرعية والمادة 813 من المجلة العدلية ومجمع الأنهر 646/2 ، والمادة 772 من مرشد الحيران .

والمقاصة [1] لا تكون إلا في دين في الذمة [2] والعارية من الأعيان التي لا تدخل الذمم فلا مقاصة فيها ، ويجب على المستعير تعهد العارية ؛ لأنه من باب صيانة المال وإلا عُدَّ مفرطا فيضمن .

فقد الشيء المستعار : القاعدة أن المستعير أمين ما لم يتعد أو يفرط فهو ضامن [3] . فيضمن المستعير ما يغاب عليه كالحلي والثياب مما شأنه الخفاء إن ادعى ضياعه إلا لبينة تشهد على ضياعه بلا سببه بخلاف مالا يغاب عليه كالعقار والحيوان .

ولو شرط نفي الضمان عن نفسه على الأرجح فيما يغاب عليه ضمن . وقيل إن شرط نفيه أفاده فلا ضمان عليه إذن .

ولو شرط الضمان فيما لا يغاب عليه بطل الشرط . والقول للمستعير فيما لا يغاب عليه في التلف أو الضياع فيصدق ، ولا ضمان عليه إلا لقرينة تكذبه . وحلف ما فرط [4] إن ادعى عليه التفريط فيما يغاب عليه أم لا يغاب عليه . ويترتب على ذلك .

أن المستعير إذا استعمل الشيء المستعار في شيء غير استعماله الموجود له ، أو استعمله أزيد من الوقت المقرر للاستعمال ، أو أهمل في الاستعمال كمن أدار آلة بخارية بلا تزييت فاحترقت فهو ضامن [5] .

تقدير ثمن الشيء المستعار :

إذا قدر المعير والمستعير ثمنا للشيء المستعار فمعناه أنه بيع ولكن بلفظ العارية ، غير أنه نقص شرط البيع وهو دفع الثمن حالًّا أو تأجيله لأجل معين ، وأن يكون الثمن متعينا للثمنية ؛ لأنه في حالة تقدير الثمن يجوز للمستعير رد الشيء المستعار بذاته فلا فائدة إذن للتقدير . وإن فقد الشيء المستعار ضمن قيمته وقت التعدي لا

---

(1) المقاصة مشاركة مدينين بمتماثلين عليهما ، كلٌّ مالَه فيما عليه . الشرح الصغير (118/3) وما بعدها .

(2) قاعدة : المقاصة لا تكون إلا في دين الذمة .

(3) قاعدة : المستعير أمين ما لم يتعد أو يفرط فهو ضامن .

(4) يقول الدردير : « يضمن المستعير ما يغاب عليه كالحلي والثياب مما شأنه الخفاء إن ادعى ضياعه ، إلا لبينة على ضياعه بلا سببه بخلاف ما لا يغاب عليه كالحيوان والعقار . ولو شرط نفيه أي نفي الضمان عن نفسه على الأرجح . وقيل : إن شرط نفيه أفاده فلا ضمان عليه » الشرح الصغير جـ 3 ص 231 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 314 ، 315 .

(5) وجاز للمستعير أن يفعل الفعل المأذون له فيه ، وأن يفعل مثله لا أضر مما استعارها له ، فلا يجوز ، فإن زاد ما تعطب به ، وعطبت ، فلربها قيمتها وقت الزيادة عليها لأنه وقت التعدي . الشرح الصغير (232/2) .

يوم الإعارة [1] ، فلا يعمل إذن بتقدير الثمن يوم الإعارة .

التزامات المعير : قال مالك في المشهور : ليس للمعير استرجاع العارية قبل الانتفاع ، وإن شرط مدة ما لزمته تلك المدة ، وإن لم يشترط مدة لزمه من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية [2] .

وقال بعض الفقهاء المالكية وقولهم حجة أيضًا : ولزمت الإعارة المقيدة بعمل أو أجل لانقضائه فليس لربها أخذها قبله [3] . ولو كانت أرضا للزراعة أو للسكنى أو لوضع شيء بها . فإن أطلقت فلربها أخذ الشيء المستعار متى شاء ولا يلزم قدر ما تراد لمثله عادة .

والنفقة التي بها وجود الشيء المستعار كعلف الدابة على المستعير ، وقيل : على المعير تبعًا للعرف والعادة . أما تعهدها بالحفظ فعلى المستعير قولا واحدا وكذا تقديم العلف للدابة وسقيها ؛ لأنه من قبيل التعهد ، فإن أهمل المستعير في كل ما به حفظ العين المستعارة عد مفرطا وضمن .

ومؤنة أخذها من محلها ومؤنة ردها على المستعير إلا لعرف أو شرط فيعمل به .

---

(1) المرجع السابق (232/2) .

(2) قال مالك في المشهور : ليس له استرجاعها قبل الانتفاع ، وإن شرط مدة ما لزمته تلك المدة ، وإن لم يشترط مدة لزمته من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية . بداية المجتهد (313/2) .

(3) ولزمت الاستعارة المقيدة بعمل كطحن أردب ، أو حمله لكذا ، أو ركوبه ، أو أجل كأربعة أيام أو أقل أو أكثر لانقضاء العمل ، أو الأجل ، فليس لربها أخذها قبله سواء كان المستعار أرضا لزراعة ، أو سكنى ، أو لوضع شيء بها ، أو كان حيوانا لركوب ، أو حمل أو غير ذلك ، أو كان عرضا ، وإلا يكن تقييد بعمل بل أطلقت فلا تلزم ، ولربها أخذها متى شاء ، ولا يلزم قدر ما تراد لمثله عادة على المعتمد . الشرح الصغير (233/3) . وقد بينت المادة 636 مدني مصري التزام المعير أن يسلم المستعير الشيء المعار وأن يتركه له طول مدة العارية ، كما بينت المادة 643 مدني مصري انتهاء العارية بالأجل المتفق عليه ، أو باستعمال الشيء فيما أعير من أجله . وهو ما بينته المادتان 634 ، 642 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية . ويقترب ما أخذ به المدني المصري والمشروع من المذهب المالكي . أما القانون المدني الأردني فقد أخذ بوجهة الفقه الحنفي وجمهور الفقهاء الذين يرون أن العارية عقد غير لازم تنتهي برغبة أي من الطرفين في أي وقت . وهذا هو ما نصت عليه المادة 763 منه ، ونصها : « الإعارة عقد غير لازم ، ولكل من الطرفين إنهاؤه متى شاء ، ولو ضرب له أجل » . وقد سار القانون العراقي في هذا الاتجاه ، طبقا لما تدل عليه المادة 857 . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادتين 806 ، 813 من المجلة العدلية ، والمادة 785 من مرشد الحيران . راجع بدائع الصنائع 216/6 وحاشية ابن عابدين 502/4 .

فقد الشيء المستعار ولزوم بدله :

تقدم أن الإعارة أو العارية عقد يلزم المعير بالإيجاب والقبول ، ويملك المستعير المنفعة بمجرد العقد ، فإن سلم المعير الشيء المستعار للمستعير قضى الأمر ، وتولى المنتفع تحصيل المنفعة على وجهها الأكمل ، وإن لم يسلم المعير الشيء المستعار للمستعير ترافع للحاكم طالبًا تسليمه إليه . ومتى ثبت عقد العارية أمر القاضي بالتسليم قهرًا عن المعير .

فإن كانت العارية ذاتا معينة وتلفت لا بعمل المعير قبل التسليم فليس المعير ملزما بإحضار مثلها ؛ لأن العارية متعلقة بذاتها ، وقد تلفت فلا يلزم بغيرها . وإن كانت العارية منفعة غير متعلقة بذات بعينها كسكنى أحد منازل المعير مدة كذا ، وله عدة مساكن ، وفقد أحدها فلا يصح له أن يعين للإعارة هذا المنزل الذي فقد أو هدم مثلا . ويلزم المعير إسكان المستعير أحد مساكنه الباقية المدة المحددة ، وعلى هذا التفصيل فيما كان عيبا في العين المعارة .

قرض استهلاك : قرض الاستهلاك هو القرض الحقيقي بمسماه الشرعي ؛ لأن الفرق بين العارية وبين القرض أن العين المعارة تراد لمنفعتها لا لاستهلاك عينها فترد بأعيانها [1] ، والقرض يراد لاستهلاكه فيرد مثله [2] ، فالعارية تكون في الأرضين والدور والحيوان ، والقرض يكون في النقدين ذهبا وفضة وفي المثلي من معدود ومكيل وموزون ؛ لأنها تراد لقيمتها ولمثلها فتدخل الذمم ، وأعيان العارية كالأرضين والدور والحيوان تراد لذاتها أصالة .

والقرض هو السلف ، ويتحقق بمجرد العقد [3] ولا يتم إلا بالتسليم ، وبمجرد

---

(1) العارية هي ماردت عينها لربها بعد الانتفاع . الشرح الصغير (231/3) .

(2) يرد المقترض على المقرض مثله قدرًا ، وصفة ، أو عينه إن لم يتغير في ذاته عنده . الشرح الصغير (118/3) .

(3) وملك القرض أي يملكه المقترض بالعقد ، وإن لم يقبضه . الشرح الصغير (118/3) . وقد جاء تعريف القرض في المادة 538 مدني مصري بأنه « عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أى شيء مثلي آخر ، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله في مقداره ونوعه وصفته » . ولا يختلف عن ذلك ما جاء في المواد 534 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ، والمادة 636 مدني أردني ، والمادة 684 عراقي ، والمادة 543 كويتي . إلا في التصوير الفني ، ذلك أن تعريفات المشروع والأردني والعراقي والكويتي ينصب على محل العقد ، لأنه المقصود من عقده ، أما التعريف الذي أخذ به المدني المصري فينصب على الالتزام الناشئ من العقد . ويتفق التعريف وكثير من أحكام القرض مع ما جاء في المواد 796 – 809 من مرشد الحيران . ويجدر الالتفات كذلك إلى خلو هذه التعريفات من الإشارة إلى مقصد =

العقد تنتقل ملكية العين المقترضة إلى المقترض فتتلف على حسابه وهو يرجع على المتعدي ، ومعلوم أنه عقد بدون مقابل .

فيجوز قرض ما يسلم فيه من عروض موصوفة وحيوان كذلك ومثلي ، فلا يصح القرض في دار وبستان وتراب ومعدن معين [1] .

وملك المقترض القرض بالعقد [2] ككل معروف من هبة وصدقة وعارية وإن لم تقبض ، فإن قبض المقترض القرض فإن كان له أجل مضروب أو معتاد لزمه رده إذا انقضى ذلك الأجل وإن لم ينتفع به عادة أمثاله ، فإن لم يكن ضرب له أجل ولم يعتد فيه أجل فلا يلزم المقترض رده لمقرضه إلا إذا انتفع به عادة أمثاله ، وقال بعضهم : يحمل في هذه الحالة على الحلول ، فإذا طلبه رد إليه ولو قبل الانتفاع [3] .

ويجوز للمقترض رد مثل القرض ورد عينه مثليا أو غير مثلي ، مالم يتغير بزيادة أو نقص . فإن تغير وجب رد المثل .

والقرض إن كان عينا وأراد المقترض رده لزم ربه قبوله مطلقًا ، كان في محل القضاء أو في غيره ، حل الأجل أو لا إلا لخوف في الطريق ، أو احتياج إلى كبير حمل فلا يلزمه

= الشارع من شرع القرض ، وهو إرفاق المدين والتوسعة عليه وهو ما ورد التعبير عنه في المادة 723 من مجلة الأحكام الشرعية ، ونصها : « القرض دفع مال إرفاقا لمن ينتفع به ويرد بدله ... » .

(1) وإنما يجوز قرض ما يسلم فيه من حيوان ، أو عرض ، أو مثل لا مالا يسلم فيه كدار ، وأرض ، وحانوت ، وخان ، وحمام ، وتراب معدن ... الشرخ الصغير (116/3 ، 117) .

(2) يملك المقترض القرض بالقبض عند جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة . ويرى المالكية أن المقترض يملك القرض بالعقد ، ويلزم المقرض تسليم القرض إلى المقترض . ولذا نصت المادة 120/1 من مذهب الإمام مالك على أنه « يملك المقترض القرض ملكا تاما بالعقد ، ولو لم يقبضه من المقرض » . أما المادة 780 من مرشد الحيران فقد عبرت عن اتجاه الأحناف إلى أن القرض لا يملكه المقترض إلا بالقبض ، وهو مذهب جمهور الفقهاء (حاشية ابن عابدين 181/4 ، ومغني المحتاج 119/2 والمهذب 303/1 والمغني لابن قدامة 325/4) . ويتوازى مع هذا الانقسام الفقهي انقسام آخر في القوانين العربية ؛ فالمادة 686 مدني عراقي ، والمادة 544 كويتي والمادة 637 تشترك في الأخذ بأن تمام عقد القرض بالقبض ، على حين أخذت المادة 539 مصري والمادة 536 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة وجهة أخرى تقضي بلزوم عقد القرض وتمامه بمجرد الانتهاء من التلفظ بالصيغة .

(3) هذا الذي عبر عنه المؤلف في حكم القرض ، وأنه عقد لازم لاحق للمقرض في طلب رد القرض إلا بحلول أجله إن وجد اتفاق يحدده ، أو بمضي وقت ينتفع فيه المقترض بالقرض هو مذهب المالكية . أما مذهب جمهور الفقهاء فيقضي بأن القرض عقد جائز ، فيحق للمقرض طلبه في أي وقت . وقد اتجهت القوانين العربية إلى الأخذ بوجهة المالكية راجع : المادة 540 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة والمادة 543 مصري والمادة 121 من تقنين الشريعة على مذهب مالك .

قبولها قبل المحل . وإن كان القرض غير عين بأن كان عرضًا أو طعامًا فيجبر المقرض على قبولها ، إذا أتى بها المقترض في محل القضاء ، حلَّ الأجل أم لا ، وإلا فلا يجبر .

وجاز قضاء قرض بمساو لما في الذمة قدرا وصفة ، حل الأجل أم لا ، كان الدين عينا أو طعامًا أو عرضًا .

وجاز بأفضل صفة بشرط عدم الدخول على ذلك عند القرض وإلا فسد . وجاز بأفضلَ صفةً وقدرًا أو أحدهما إن حل الأجل ، لا يجوز بأزيد عددا في المتعامل به عددًا ، أو أزيد وزنا في المتعامل به وزنا ، حل الأجل أم لا [1] .

وإن بطلت فلوس كانت دينا لشخص على آخر من قرض أو بيع مثلا ، أي انقطع التعامل بها أو تغيرت بزيادة أو نقص ، وجب قضاء المثل على من ترتبت في ذمته قبل قطع التعامل أو التغيير ، فإن عدمت كلية في بلدة تعامُلِ المتعاقدين ووجدت أو انعدمت في غيرها وجب أداء القيمة وقت اجتماع الاستحقاق والعدم معًا ، فالعبرة بالمتأخر منهما ؛ فإن استحقت ثم عدمت اعتبرت القيمة يوم العدم ، وإن عدمت ، ثم استحقت اعتبرت القيمة يوم الاستحقاق .

الفائدة : يجب أن يكون القرض لله بدون فائدة لخبر عن الرسول ﷺ : « ثلاثة لا تكون إلا لله : القرض ، والضمان ، والجاه » [2] فإن وجدت فائدة كان ربا وهو محرم بنص القرآن الكريم ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ [3] .

بند [83] عقد ترتيب معاش

القانون الفرنسي : وهو عقد به يترك شخص لآخر رأس مال نظير أن يرتب له معاشًا سنويًا مدة الأبد ، وللمعاش خاصتان :

أولًا : رأس المال ليس حالا مطلوبا فليس للدائن طلبه .

ثانيًا : يمكن مشتري هذا المعاش ، يعني يمكن للمدين أن يدفع رأس المال إلى دائنه فتبرأ ذمته .

ويستثنى من ذلك ثلاثة حالات يمكن فيها طلب رأس المال :

(1) وجاز رد أفضل مما اقترضه صفة لأنه حسن قضاء إذا كان بلا شرط ، وإلا منع الأفضل . الشرح الصغير (118/3) .

(2) لم نعثر عليه في كتب الحديث ، والأقرب أن يكون قاعدة فقهية .

(3) سورة البقرة الآية : 275 .

أولاً : متى توقف المدين عن دفع المعاش السنوي لمدة سنتين .

ثانيًا : إذا لم يقدم المدين الضمان الكافي للدائن المشترط في العقد .

ثالثًا : إذا أعلن إفلاس المدين أو توقف عن الدفع [1] .

بند [84] عقد ترتيب معاش

التشريع الإسلامي : يجوز ترتيب معاش مدة الحياة تبرعًا لا في نظير عوض كأن يوقف شخص على آخر مبلغًا شهريًا من مال موقوف فيعطي له المبلغ المقدر . وأما عقد ترتيب المعاش نظير عوض من إجارة أو بيع ، كمن باع منزلا لزيد بألف أو آجره له بمائة شهريًا مثلًا على أن يدفع له كذا كل شهر إلى وفاة البائع أو ينفق على البائع مدة الحياة ، فهو باطل .

فإن وقع وجب رد المبيع ذاتًا أو منفعة إلا أن يفوت بهدم أو بناء فيغرم المشتري القيمة يوم قبضه ، ورجع المشتري بقيمة ما أنفق إن كان مقومًا أو مثليًا مجهول القدر أو بمثله إن علم ، وتتم المقاصة بين الطرفين في الثمن والنفقة . ومن بقي له فضل عند الآخر أخذه .

فعلم إذن أن هذا العقد باطل لعدم معرفة النفقة مدة الحياة ، وهي نظير الثمن ، فيكون الثمن مجهولا وهو مبطل للبيع بطلانا عامًا وكذا في الإجارة [2] .

بند [85] الوديعة

القانون الفرنسي : الوديعة عقد به يتقبل شخص أشياء الغير لحفظها وردها لصاحبها وصفاته هي :

1 – أنه عقد عيني لا يتم إلا بتسليم الأمانة لمن اؤتمن .

2 – أنه عقد فيه التزام من جانب واحد وهو الأمين بحفظ ورد الأمانة ، وهو عقد بدون مقابل من الجانب الآخر .

(1) انظر : البنود من 1968 إلى آخر الباب الثاني ، من الكتاب الثاني عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 130 : 133 .

(2) هذا هو ما انتهي إليه مما يتبادر إلى الذهن في موضوع عقد ترتيب معاش أو إجراء مرتب مدى الحياة . غير أن القوانين المدنية العربية قد اتجهت إلى تصحيح هذا التعامل طبقًا لما جاء في المواد 741 وما بعدها (مصري) ، 916 وما بعدها (أردني) ، 977 وما بعدها (عراقي) ، 741 وما بعدها (مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية) . وقد جاء في المذكرة التوضيحية لهذه المادة أن السند الشرعي لتصحيح هذا التعامل هو الأصل العام القاضي بوجوب الوفاء بالعهود والعقود والشروط ، طبقًا لما جاءت به النصوص الشرعية .

الوديعة أقسام :

أولًا : الوديعة القانونية : وهي ما ينطبق عليها تعريف الوديعة السابق .

ثانيًا : الوديعة غير القانونية : وهي ما أبيح فيها للأمين أن يستعمل الأمانة ، أو يستهلكها ، أو لا يردها بطبيعتها بل بما يعادلها من النقود كالوديعة في البنوك فهي كالقرض .

ثالثًا : الوديعة الضرورية : وهي ما كانت بسبب قوة قاهرة كحريق وغرق أو ما يماثلهما .

رابعًا : الحجز : ويكون خاصًا بأشياء متنازع عليها أو محجوز عليها أو ما يقدمه المدين لتبرأ ذمته .

التزامات الأمين :

يجب على الأمين شيئان :

أولًا : حفظ الوديعة بعناية وتحفُّظٍ مثل عنايته بشيئه الخاص ، وليس مسئولا عن تلف الوديعة في الأحوال العرضية إلا إذا طولب بالرد فلم يرد فتلفت ولو بعارض . وليس له استعمال الوديعة إلا بتصريح صريح أو ضمني مفهوم من طبيعة الوديعة .

ثانيًا : رد الوديعة المسلمة متى طلبها المودِعُ ولو كان لردها مدة محددة إلا إذا كان محجوزًا عليها حجز ما للمدين لدى الغير أو معارضا فيها .

التزامات المودع :

على المودع دفع ما تكبده الأمين في حفظ وصيانة الوديعة وتعويضُه عما لحقه من الضرر بسبب الوديعة . وللأمين إمساك الوديعة حتى يتقاضى حقوقه المذكورة [1] .

بند [86] الوديعة

التشريع الإسلامي : الوديعة توكيل بحفظ مال [2] . فيتم الإيداع (الوديعة) في

---

(1) انظر : البنود من 1915 إلى 1954 في البابين الأول والثاني ، من الكتاب الحادي عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 120 : 127 .

(2) يقول الدردير الوديعة : « مال موكل علي حفظه أي مجرد حفظه فخرج القراض والإبضاع ، والمواضعة ، والوكالة ، ولما كانت الوديعة أمانة ، وكل أمانة لا يضمنها الأمين إلا إذا فرط » . الشرح الصغير جـ 3 ص 222 . الكافي لابن عبد البر ص 403 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 310 . وقد عرفت المادة 718 مدني مصري ، والمادة 714 مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الوديعة بما لا يخرج عن هذا وجرى تعريف الإيداع في المادة 868 =

قبول الوديعة بالرضى والسكوت ؛ لأنه قبول ضمني . فمن وضع مالًا عند شخص ولم يقل له : احفظه أو نحوه ففرط فيه بتركه فضاع ضمن . فلا يشترط فيها إيجاب وقبول لفظيان إذ يكفي الضمني .

والإيداع توكيل خاص فكل من جاز له أن يوكل وهو البالغ العاقل الرشيد جاز له أن يودع . ومن جاز له أن يتوكل جاز له أن يقبل الوديعة ، وهو المميز عند ابن رشد . وقال القرافي [1] واللخمي [2] وابن الحاجب [3] وابن عبد السلام لابد أن يكون بالغًا رشيدًا إلا الصبي الذي نصبه وليه في حانوته مثلًا فيضمن ؛ لأن وليه أطلق له التصرف فيودع عنده [4] .

ولا يوجد الإيداع إلا بالتسليم للمودع عنده ، وهو التزام من جانب واحد وهو الأمين بحفظ ورد الأمانة بدون مقابل .

وتكون وديعة اسما [5] إن أذن المودع للمودع في تسلفها أو في تسلف بعضها

= مدني أردني ، ونصها : « 1 - الإيداع عقد يخول به المالك غيره حفظ ماله ، ويلتزم به الآخر حفظ هذا المال ورده عينا . 2 - والوديعة هي المال المودع في يد أمين لحفظه » . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 793 من مرشد الحيران . ونصها : « الإيداع هو تسليط المالك غيره على حفظ ماله صراحة أو دلالة . والوديعة هي المال المودع عند أمين لحفظه » . انظر حاشية ابن عابدين 754/4 وفتح القدير 88/7 وما بعدها .

(1) هو شمس الدين أبو عبد اللّه محمد بن أحمد عرف بالقرافي الفقيه المالكي ، كان مولده سنة 810 وتوفي في ذي الحجة سنة 867 . شجرة النور الذكية ص 256 رقم 932 .

(2) هو أبو الحسن علي بن محمد الربعي المعروف باللخمي القيرواني رئيس الفقهاء في وقته وإليه الرحلة ، تفقه بابن محرز والسيوري والتونسي وجماعة ، له تعليق على المدونة سماه التبصرة ، مشهور معتمد في المذهب توفي سنة 478 بصفاقس وقبره بها معروف هناك . شجرة النور الذكية ص 117 رقم 326 .

(3) أبو عمرو جمال الدين عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس المعروف بابن الحاجب المصري أخذ عن أبي الحسن الإبياري وقرأ على الإمام الشاطبي وعنه الشهاب القرافي والقاضي ناصر الدين ابن المنيرة وغيرهم كان مولده سنة 570 ، ومات بالأسكندرية في شوال 646 هـ ، وفي حسن المحاضرة أنه مات عن 85 سنة . شجرة النور الزكية ص 167 ، رقم 525 .

(4) قولهم : « لا ضمان على صبي فرط ، وإن أذن وليه » أي ما لم ينصبه للتجارة ، والمعاملات بين الناس . الشرح الصغير (222/3) .

(5) عبرت المواد 899 مدني أردني 971 عراقي والمادة 793 من المجلة العدلية عن هذا المعنى . ونص مادة المدني الأردني المذكورة : « إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو شيئا يهلك بالاستعمال ، وأذن المودِع للمودَع لديه في استعماله اعتبر العقد قرضا » . وإنما ذلك لأن القاعدة الفقهية أن العبرة في العقود للقصود والمعاني لا للألفاظ والمباني » .

أو يقول له : إن احتجت فخذ . فلا يبرأ إلا برد ما أخذه لربها ؛ لأن تسلفه بإذن ربها ، فانتقل من أمانته لذمته فصار كسائر الديون ، فإن أخذ البعض ضَمِن ما أخذه فقط .

وأما الإيداع في البنوك أو في صندوق التوفير فإن كان المودع غير مقيد بأجل لأخذ وديعته كلا أو بعضًا فهو وديعة ، وإن كان مقيدًا بسحب مبلغ معين وقت الطلب ، أو بانتظار مدة معينة حتى يصرح له بصرف وديعته فذلك قرض ؛ لأن الوديعة مطلقة من كل قيد للمودع أخذها كلا أو بعضًا متى شاء [1] .

وأما الإيداع الضروري أو الاضطراري لحريق أو لغرق أو هدم منزل مثلًا أو سفر فهو جائز من المالك للوديعة ، وأما المودع عنده فله أن يودع الوديعة في هذه الأحوال بشرط عدم إمكانه ردها لربها ، وأن يشهد على عذره الملجىء للإيداع وأن تعاين البينة العذر ، وإلا فإن تخلف شرط من هذه وتلفت ضمن .

وقد تكون الوديعة بأمر حاكم لوجود خصام بين متداعيين والمصلحة حفظها عند أمين حتى يفصل في النزاع ، وقد تكون الوديعة في بيت القاضي (خزانة المحكمة) لدين أراد المدين إخلاء ذمته ، ولم يقبل الدائن أخذه لأمر ما .

التزامات الأمين (المودع عنده) :

يجب على المودع عنده (الأمين) حفظ الوديعة حفظًا تامًّا متبعًا أوامر ربها غير مستعمل لها في مصالحه الخاصة . ويجب عليه رد الوديعة المسلمة إليه كما استلمها متى أراد أو طلبها ربها [2] .

---

(1) قاعدة : الوديعة مطلقة من كل قيد للمودع أخذها كلا أو بعضا متى شاء .

(2) تناولت المادة 720 من القانون المدني المصري والمادة 716 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشرعية الإسلامية التزام المودَع بحفظ الوديعة ، ونصها : « 1 – يجب على المودع عنده أن يبذل في حفظ الوديعة العناية التي يبذلها في حفظ ماله ، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الشخص العادي . 2 – ومع ذلك إذا كانت العناية بأجر وجب على المودع عنده أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الشخص العادي . 3 – ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف هذه الأحكام » . المادة 721 من التقنين الكويتي . وتتفق مع المادة 1/952 من التقنين العراقي ، كما تتفق مع المادة 873 من التقنين الأردني .

أولًا : حفظ الوديعة .

يضمن الأمين بسقوط شيء على الوديعة فتتلف ولو خطأ [1] ؛ لأن الخطأ كالعمد في أموال الناس [2] . ويضمنها بخلط غيرها بها وبانتفاعه [3] بها بلا إذن ربها فتتلف أو تتعيب ، وبسفره بها إن قدر على إيداعها عند أمين فتلفت [4] . ويضمن بإيداعها عند أمين فتلفت ؛ لأن ربها لم يأتمن غيره ، وببعثه بها لربها بغير إذن ربها فضاعت أو تلفت ، وبجحدها عند طلبها ؛ لأنه يعتبر غاصبًا ، وبموت المرسل معه الوديعة ، وبدعوى الرد على المرسل إليه المنكر ، وبدعوى الرد على ربها إن كان لربها بينة بالإيداع . قصد بها التوثق وعلم بالبينة المودع .

ولو أودعه دابة فركبها لمحل تعطب فيه غالبًا ، أو جهل الحال ، أو استوى الأمران وتلفت ضمن : كان التلف بسماوي أو بتعديه . وإن ركبها بمحل لا تعطب فيه عادة فلا ضمان إذا عطبت بسماوي أو بغيره . وهو قول ابن القاسم ، وقال سحنون : عليه الضمان ولو كان العطب بسماوي .

وتحرم التجارة بالوديعة بدون إذن ربها ، فإن تاجر الأمين بها فالربح له . فإن كانت الوديعة نقدًا أو مثليًا فلربها المثل . وإن كانت عرضًا وفات فلربها قيمته . وإن كانت الوديعة قائمة فربها مخير بين أخذ سلعته ورد البيع وبين إمضائه وأخذ ما بيعت به .

وإن أذن المودع للأمين في تسلفها أو تسلف بعضها ، أو قال له : إن احتجت فخذ فلا تبرأ ذمة الأمين إلا برد ما أخذه لربها ؛لأن تسلفه كان بإذن ربها فانتقل من أمانته لذمته فصار كسائر الديون .

فإن مات الأمين ولم يوص بها ولم توجد في تركته ضمن الوديعة فيما ترك إلا

(1) قاعدة : يضمن الأمين بسقوط شيء على الوديعة فتتلف ولو خطأ .

(2) يقول الدردير : « فتضمن الوديعة بسقوط شيء عليها منه أي من يد المودع ولو خطأ ؛ لأن الخطأ كالعمد في الأموال ... وتضمن بخلطها بغيرها » . الشرح الصغير جـ 3 ص 222 ، 223 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 311 .

(3) تضمن الوديعة بخلطها بغيرها إذا تعذر تمييزها عما خلطت به .. ولا يضمن إذا خلطها للإحراز أو الرفق » الشرح الصغير (223/3) .

(4) يقول الدردير : « لا يضمنها الأمين إلا إذا فرّط من يصح توكيله فيها ؛ لذلك قال : تضمن بتفريط رشيد لا بتفريط صبي ولا سفيه » . الشرح الصغير جـ 3 ص 222 ، ومواهب الجليل جـ 5 ص 250 ، وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 177 وما بعدها .

أن يطول الزمن من يوم الإيداع كعشر سنين فلا ضمان إذا لم تكن الوديعة ببينة مقصودة للتوثق ، وإلا فلا يسقط الضمان ولو زاد عن العشر سنين .

ولو مات الرسول الحامل للوديعة لردها فإن كان رسول رب المال فالدافع له يبرأ بالدفع إليه ولو مات قبل الوصول ، ويرجع رب المال في تركته قبل الوصول ، وإن مات بعد الوصول فلا رجوع ، وإن كان الرسول رسول من عنده المال فلا يبرأ من أرسله إلا بوصوله لربه ببينة أو إقرار ، فإن مات قبل الوصول رجع مرسله في تركته ، وإن مات بعده فلا رجوع وهي مصيبة نزلت به .

وإن كان الأمين صبيًّا أو سفيهًا فأتلف الوديعة أو عيبها لم يضمن ؛ لأن ربها هو الذي سلطه عليها ، وإن كان قبوله للوديعة بإذن أهله ما لم ينصبه وليه في حانوته مثلًا فيضمن ؛ لأنه أطلق له التصرف .

وأصل الوديعة لا ضمان فيها إلا بالتعدي أو الإهمال [1] ، والضمان وعدمه مقرر للمصلحة العامة ، فإن شرط المودع الضمان فيما لا ضمان فيه فلا ضمان ، ولا يعمل بالشرط لما فيه من إخراج الوديعة عن معناها الشرعي المقرر .

ولا ضمان في دعوى التلف أو الضياع بلا تفريط ولو مع البينة المقصودة للتوثق ، ولا في دعوى عدم العلم بالتلف أو الضياع فلا ضمان . وحلف المتهم فقط في دعوى التلف أو الضياع ، ولم يفده نفي اليمين عند الاستيداع ، فإن نكل المودَع حلف ربها وضمن الأمين [2] .

التزامات المودع :

يجب على المودع دفع أجرة حفظ الوديعة متى كان مشروطًا أو جرى به العرف ، وعليه أجرة المحل الموجودة به الوديعة إلا لشرط أو عرف .

---

(1) قاعدة : الوديعة لا ضمان فيها إلا بالتعدي أو الإهمال . وهو ما جاء في المادة 872 مدني أردني ، ونصها : « الوديعة أمانة في يد المودع لديه ، وعليه ضمانها إذا هلكت بتعديه أو بتقصيره في حفظها ، مالم يتفق على غير ذلك » .

(2) يحلف المتهم دون غيره في دعوى التلف ، أو الضياع أنها تلفت ، أو ضاعت ، وما فرط ... فإن نكل غرم بمجرد نكوله ، ولا تتوجه اليمين على ربها لأنها دعوى اتهام . الشرح الصغير (228/3) .

النفقة على الوديعة :

إذا أنفق المودع عنده على الوديعة رجع بالاتفاق على ربها بما أنفق ، وهل له إمساك الوديعة حتى تدفع النفقة أو النفقة دين في ذمة المودِع يرجع بها عليه في ماله لا في الوديعة نفسها ؟ خلاف .

ففي فتاوى الشيخ محمد عليش [1] شيخ السادة المالكية بمصر في زمنه النص الآتي ردًّا على سؤال . وهو : أودع رجل جارية عند آخر ، ولم يترك لها نفقة ، فأنفق عليها المودع . فهل له الرجوع بما أنفق ؟ فأجاب بما يأتي : لمن عنده الوديعة الرجوع بما أنفقه عليها على ربها بعد أن يحلف من هي عنده أنه لم يترك لها نفقة وأن قدرها كذا حيث لم يصدقه ربها إلى أن قال : وليس لربها تركها لمن هي عنده في نفقتها جبرًا عليه بخلاف اللقطة فله تسليمها في النفقة ؛ لأنه لما تركها تحت حرزه في الوديعة فكأنه أمره بالنفقة عليها . ومعنى هذا أن الأمين ليس له إمساك الوديعة حتى يدفع ربها نفقتها بل يتبع بها في ذمته [2] بخلاف اللقطة فنفقتها في ذاتها ، فله إمساكها حتى يأخذ ما أنفقه .

وفي المدونة الكبرى رواية سحنون عن ابن القاسم عن الإمام مالك « رضي اللّه عنه » قال : سئل مالك عن رجل استودع رجلًا دابة فغاب عنها صاحبها وقد أنفق عليها المستودع ، قال مالك : يرفع ذلك إلى السلطان فيبيعها ويعطيه نفقته التي أنفق عليها إذا أقام على ذلك بينة أنه استودعها إياه [3] .

---

(1) هو أبو عبد اللّه محمد بن أ حمد بن محمد عليش الطرابلسي الدار المصري القرار شيخ السادات المالكية ومفتيها . وتوفي سنة 1299 . شجرة النور الذكية ص 385 رقم 1543 .

(2) جاء في المادة 855 مدني أردني ما يلي : « 1 – إذا أنفق المودع لديه على الوديعة بغير إذن المودِع أو المحكمة كان متبرعا . 2 – إلا أنه يجوز للمودَع لديه في الحالات الضرورية أو المستعجلة أن ينفق على الوديعة بالقدر المتعارف ، ويرجع بما أنفقه من ماله على المودِع » . وقد تضمنت المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن المودع لديه لاحق له في الرجوع على المودِع بما أنفقه دون إذنه أو دون حكم قضائي ، طبقا لما جاء في المادة 786 من المجلة العدلية والمادة 830 من مرشد الحيران . غير أنه قد رئي العدول عن هذا القول في حالات الضرورة والعاجلة ، فأخذ بإحدى الروايتين في مذهب الإمام أحمد . ومن الواضح أن المؤلف يشير إلى فتوى الشيخ عليش التي اتجهت إلى إطلاق يد المودع لديه في الإنفاق على الوديعة في حدود المألوف المتعارف عليه . وهو مذهب الإمام مالك ، طبقا لما يرد التعبير عنه في هامش تال .

(3) جاء في المدونة الكبرى : قلت : أريت إن استودعني رجل إبلا ، أو غنما ، أو بقرا فأنفقت عليها بغير أمر =

ومعنى هذا أن نفقة الوديعة في ذاتها فللأمين إمساكها حتى يستوفي ما أنفقه عليها . اهـ .

بند [87] عقود الحظ [1] (القضاء والقدر)

القانون الفرنسي : وهي عقود تحمل لأحد المتعاقدين حظا أو خسارة في المستقبل ، وأنواعها :

أولًا : عقد التأمين على الحياة أو غيرها .

ثانيًا : التسليف على البضائع المنقولة بحرًا .

ثالثًا : اللعب والمراهنة .

رابعًا : المعاش مدة الحياة .

اللعب والرهان :

الديون الناتجة عن اللعب أو الرهان التزامات طبيعية خالصة ؛ فللمدين الحق في معارضة الدائن عند طلبها أمام القضاء أنها ديون لعب أو رهان ؛ فلا يؤمر بأدائها ولا يحكم عليه بها متى ثبت ذلك . لكن إذا دفعها اختيارا فليس له ردها ؛ إلا إذا ثبت أن الدائن استعمل الغش أو الخديعة أو النصب .

وتنقطع معارضة المدين للدائن بأن هذا دين لعب أو رهان متى كان رهانًا أو لعبًا على شيء يقتضي التمرين كمسابقة الخيل أو الجري أو ما شابه ذلك فيكون دينها التزاما حقيقيًا تحكم به المحاكم ، إلا أن لها الرقابة على كثرة المبلغ فتعدله .

المعاش مدة الحياة :

وهو عقد يتعهد فيه أحد الطرفين أن يدفع للطرف الآخر معاشًا سنويًا مدة حياته نظير ترك مبلغ من المال أو شيء منقول أو عقار من الطرف الآخر ، وهو على أشكال :

الأول : معاش الحياة المرتب بدون مقابل ، وهو يترتب إما بهبة بين الأحياء أو بوصية ، فيكون خاضعًا في شروطه شكلًا وموضوعًا إلى الشكل الذي ترتب فيه ،

= السلطان أيلزم ذلك ربها أم لا ؟ قال : سئل مالك عما يشبه هذا ، عن رجل استودع رجلًا دابة ، فمات صاحبها ، وقد أنفق المستودع عليها قال مالك : يرفع ذلك إلى السلطان ، فيبيعها ، فيعطيه نفقته التي أنفق عليها إذا أقام على ذلك بينة أنه استودعها إياه . المدونة الكبرى (358/4) .

(1) هذا اصطلاح غير معهود في الكتابة القانونية المعاصرة . وهذه هي العقود التي يصطلح عليها بعقود الغرر .

فإن كان هبة فيخضع لشروطها ، وإن كان وصية فلشروطها .

الثاني : معاش مدة الحياة مرتب نظير مقابل ، وهذا العقد فيه حظ وخسارة ، ففيه حظ للمدين إذا مات الدائن بعد مدة قصيرة ، وفيه خسارة إذا عاش طويلا ، وكل عقد معاش مدة الحياة مات صاحبه المعقود له يوم إبرامه فلا ينتج نتيجة قانونية ، وكذلك العقد الذي مات صاحبه في مدة 20 يومًا من تاريخه وكان مصابًا بمرض قبله .

الثالث : معاش مدة الحياة مرتب لشخص آخر : يجوز أن يتعاقد شخص مع شركة التأمين أو مع شخص أخر على أن تدفع الشركة معاشًا لشخص ثالث . فهو عقد مركب من عقد بين المتعاقد والشركة بعنوان مقابلة الالتزامات نظير عوض ، وبين الشركة والشخص الثالث عقد بعنوان عدم المقابلة فهو هبة ، ولكن لا يخضع في شكله لشروط الهبة ، وإنما يخضع في موضوعه لشروطها ، وفي النهاية هذا شرط لصالح الغير في التعاقد .

حق صاحب المعاش :

صاحب المعاش له دفع معاشه السنوي المرتب له فقط ، وليس له أي حق في طلب رأس المال الذي به تحقق عقد ترتيب المعاش ، وليس له طلب المعاش إلا بإثبات وجوده أو وجود الشخص المرتب له المعاش .

تأخر دفع المعاش :

عند تأخر دفع المعاش المرتب لا يجوز لصاحب المعاش أن يطلب رأس المال ولا العين المدفوعة لترتيب المعاش ، ولكن له أن يحجز ويبيع أملاك مدينه ويحفظ مبلغًا كافيًا لدفع المعاش السنوي . ومن ترتب لصالحه المعاش نظير ثمن يمكنه طلب إلغاء العقد إذا لم يقدم الطرف الآخر الضمان الكافي المشترط لتأمين دفع المعاش .

يمتلك صاحب المعاش معاشه بعدد الأيام التي مرت حال حياته ، فإن اشترط الدفع مقدمًا فتملكه من اللحظة التي يجب الدفع فيها .

وينقطع دفع المعاش من الوقت المتوفى فيه مستحقه ، وهذا المعاش المرتب مدة الحياة لا يمكن أن يُشْتَرى . بمعنى أن الشخص الذي رتب على نفسه لشخص آخر ليس له الحق في مشتراه وتعويض صاحبه عنه . بخلاف المعاش المؤبد كما سبق أنه يجوز لمن ترتب عليه ذلك مشتراه ممن ترتب له ؛ فما دام صاحب المعاش موجودًا

أو من ترتب له وجب دفعه مهما طال الزمن ومهما تكلف في ذلك [1] .

بند [88] عقود الحظ (القضاء والقدر)

التشريع الإسلامي :

اللعب والرهان : الديون الناتجة عن اللعب أو الرهان ، لله العجب ! انظر : دين اللعب والرهان في التشريع الوضعي فهو مأخوذ من التشريع الإسلامي ، وإليك التفصيل .

أصل المسابقة والرهان ممنوع [2] ؛ لأن فيها قمارا وتعذيبًا للحيوان بغير مأكله وحصول العوض والمعوض لشخص واحد ، ولكنها وإن كانت فيها هذه الأصول الممنوعة فإن المشرع أجازها متى كانت للتدريب على الجهاد ومنع الصائل والمتعدى [3] فإن كانت المسابقة لمجرد اللّهو حرمت .ولزمت المسابقة بالعقد كالإجارة ، فلا يجوز لأحد المتسابقين حلها دون رضاء الطرف الآخر .

فإن كانت المسابقة جائزة فدينها لازم واجب الأداء ، وإن كانت محرمة ممنوعة فدينها غير واجب الأداء وغير لازم ، وللمدعى عليه الدفع بعدم مشروعية الدين ، لأن سببه حرام ، ومتى ثبت فعلى القاضي رفض الدعوى .

والمسابقة برهان (جُعْلٍ) جائزة في الخيل والإبل والسهم ، وفي غير هذه الثلاثة تجوز المسابقة بلا جعل إن كانت لمصلحة عامة كتعليم أفراد الشعب مسابقة العدو والألعاب الرياضية والمصارعة إلخ فهي جائزة بل قد تجب لتربية الأمة بتعليم شبابها

---

(1) انظر : البنود من 1964 إلى 1967 في الكتاب الثاني عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 129 – 130 .

(2) تناولت المادة 739 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، الحكم بإبطال الاتفاق على المقامرة أو الرهان ، وحق الخاسر في ذلك أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات ، وهو ما تناولته المادة 975 من التقنين العراقي ، والمادة 915 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 290 .

(3) تناولت المادة 740 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية « استثناء الحكم ببطلان اتفاقات المقامرة أو الرهان في الاتفاق على جعل لمن يفوز بتحقيق هدف معين فيما هو من الرياضة أو الاستعداد لاكتساب القوة . ويصح أن يكون الجعل من أحد المتسابقين أو من غيرهما على أن يعطى للفائز ... » وهو ما تناولته المادة 910 مدني أردني ، ويستند الحكم بذلك إلى النصوص الفقهية والشرعية المتعلقة بالسباق والرمي والمذكورة في بدائع الصنائع : 206/6 وتحفة الفقهاء 500/3 – 504 ونهاية المحتاج 164/8 – 173 والمحلى جـ 7 فقرات 970 – 973 والمختصر النافع في فقه الإمامية ص 164 وتفسير القرطبي 52/3 – 60 ، وهو ما جاءت به المواد 705 ، 706 (سوري) ، 975 ، 976 (عراقي) . انظر : المذكرة الإيضاحية ص 790 .

مستلزمات الحياة الصحية السليمة [1] .

ويشترط في المسابقة بجُعل :

1 - أن يكون الجعل من غير المتسابقين على أن من سبق يأخذه ، أو أحد المتسابقين ليأخذه غيره متى سبق ، فإن سبق الجاعل أخذ الحاضرون الجعل دونه ، فإن أخرجاه على أن يأخذه السابق فهو قمار وهو ممنوع ، فإن دفعا جعلًا وكان معهما ثالث متسابق فقد أجازه ابن المسيب [2] ومالك في بعض أقواله .

2 - يجب أن يكون الجعل مما يصح بيعه يعني طاهرًا منتفعًا به مقدورا على تسليمه إلخ وإلا كان الجعل باطلًا .

3 - يجب تعيين مبدأ المسابقة ونهايتها والمركب والراكب وعدد الإصابة ونوعها من كل ما يحدد ما به المسابقة تحديدًا تامًّا .

وأما سباق الخيل الموجود الآن فهو للهو واللعب وابتزاز أموال الناس بالباطل ، فكم فيه من صرعى من الفقراء الذين يراهنون بما في جيوبهم ، وقد يكون هو مطعم أبنائهم وما يحتاج إليه بيتهم ، وواجب الحكومة يقضي بالسهر على أمثال هؤلاء البؤساء ومنعهم من نكبتهم بأيديهم .

وكذا مهارشة الديَكة والمصارعة الاحترافية نظير أجر فهي محرمة [3] .

المعاش مدة الحياة :

المعاشُ مدة الحياة المرتَّبُ بدون مقابل جائز ؛ لأنه إن كان ناجزا حال حياة المرتِّب فهو هبة فيُرجَع إلى شروط الهبة ، وإن كان مؤجلًا لما بعد موت المرتِّب فهو

---

(1) يقول الدردير : « الجعالة في العرف التزام أهل الإجارة عوضا علم لتحصيل أمر من الأمور كإتيان بشيء وحمل وحفر يستحقه السامع للملتزم العوض ولو لم يخاطبه بالتمام .. » . الشرح الصغير جـ 3 ص 329 وما بعدها ، ومواهب الجليل جـ 5 ص 452 ، 453 .

ويقول الدردير : المسابقة جائزة بجعل في الخيل والإبل وبينهما وفي السهم . الشرح الصغير 73/4 .

(2) هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عائذ اللّه عمران بن مخزوم بن يقظة ، القرشي المخزومي ، عالم أهل المدينة ، ورئيس مدرستها ، وُلِدَ لسنتين مضتا من خلافة عمر ﷺ ، وقيل : لأربع مضين منها بالمدينة ، وكان ممن برز في العلم والعمل ، المتوفى سنة 89 أو 91 أو 92 أو 93 أو 94 أو 105 هـ .

ترجمته : الذهبي في « تذكرة الحافظ » 54/1 ، والذهبي في « العبر » 110/1 ، والذهبي في « الأعلام » 215/5 .

(3) يقول الدردير : « وجازت المسابقة بغير جعل بأن تكون مجانا مطلقا في غير الثلاثة السابقة » . الشرح الصغير جـ 4 ص 24 .

وصية ، ويجب أن تخضع لشروط الوصية من أنها لغير وارث وأنها من الثلث وإلا فيجب رضاء الورثة ؛ لأنها تعتبر عطية منهم .

والمعاش المرتب نظير مقابل غير جائز ؛ لأنه بيع غير معروف العوض ، وهو شرط في صحة البيع [1] .

والمعاش المرتب لشخص آخر غير المتعاقدين غير جائز أيضًا ؛ لأن زيدا تعاقد مع شركة التأمين على أن ترتب لعمر معاشًا مدة حياته نظير أن يدفع زيد مبلغًا معينًا من المال للشركة ، وإنه وإن كان من الشركة لعمر هبة ولكن لولا تعاقد زيد مع الشركة ودفعه لها مبلغًا معينًا لما قبلت ترتيب المعاش لعمر ، وهو في الحقيقة عقد مبني على القضاء والقدر أو الحظ ؛ لأن عُمْرَ عُمر غير معروف فيأخذ معاشه مادام حيًّا وهو مقابل ما دفعه زيد للشركة فهو غير جائز .

وحق صاحب المعاش في طلب المعاش فقط حسب شروط الهبة أو الوصية أو شروط الواقف إذا كان من وقف ، وبالطبع هذا حق شخصي متعلق بنفس الشخص المرتب له وجودًا وعدمًا .

ولصاحب المعاش الحق في طلب معاشه من الموكول له حق التصرف فيه ، ويُقْضَى له به عليه وينفذ جبرًا ، ويملك معاشه يومًا فيومًا إن لم يكن الدفع له مقدمًا وإلا فيملكه بأول وقت استحقه فيه .

بيع المعاش :

لا يجوز بيع المعاش قبل استحقاقه ؛ لأنه متعلق بنفس الشخص ، فيجوز أن يموت فلا يستحقه فليس للمشتري المطالبة به ؛ لأنه لا يجب دفعه . وبيع المعاش بعد الاستحقاق فيه بيع الدين قبل قبضه ، فإن كان بدين فهو ممنوع لبيع الدين بالدين ، وإن كان الثمن حالًا فحكمه مفهوم من باب بيع الدين فارجع إليه إن شئت [2] .

---

(1) يقول الدردير : « وشروط صحة المعقود عليه : طهارة ، وانتفاع به شرعًا ، وعدم نهي وقدرة على تسليمه ، وعدم جهل به .. » . الشرح الصغير جـ 3 ص 4 ، جـ 4ص 73 ، ومواهب الجليل جـ 4 ص 258 ، والتاج والإكليل جـ 4ص 258 ، 259 .

(2) أقسام بيع الدين بالدين ثلاثة :

1 – دين بمثله ، وهو فسخ ما في الذمة من مؤخر من غير جنسه أو في أكثر .

2 – بيع الدين بدين لغير من هو عليه .

3 – ابتداء الدين بالدين كتأخير رأس مال السلم أكثر من ثلاثة أيام . الشرح الصغير (34/3 ، 35) .

فإن كان المشتري من رتب المعاش ممن ترتب له فذلك جائز ؛ لأن الموهوب له يجوز له التنازل عن الهبة ممن وهبها بعوض وبغير عوض ، وإن كان المعاش من وقف أو وصية فحكمه كما سبق آنفا [1] .

بند [89] التوكيل

القانون الفرنسي : التوكيل عقد به يكلف شخص يسمى موكلًا شخصًا آخر يسمى وكيلًا بعمل شيء باسمه ولحسابه ، والمكتوب الذي يحقق الوكالة يسمى توكيلا .

فالتوكيل عقد يعمل بإرادة الطرفين فقط بلا مقابل ولا التزام فيه ملاحظ فيه نفس شخص الموكل والوكيل فموت واحد منهما يلغي التوكيل .

شكل التوكيل :

يجوز أن يكون التوكيل عرفيًا إذا كان العمل الموكل فيه لا يشترط فيه العلانية كالبيع والشراء والإيجار ، فإن كان عملًا مشروطًا فيه العلانية كالهبة أو ترتيب أو شطب رهن وجب أن يكون التوكيل رسميًا بواسطة مسجل العقود .

ويجوز كون التوكيل عامًّا كما يكون خاصًّا ، والعام يتناول كل أعمال الإدارة ولا يتناول بيعًا أو شراء أو رهنًا ولا أي عمل فيه ترتيب الملكية إلا بتوكيل خاص لأي تصرف من هذه التصرفات .

أهلية المتعاقدين :

يجب أن يكون الموكل حائزًا أهلية إتمام العمل الذي وُكِّل فيه ، ولا يشترط في الوكيل أي شرط ، فيجوز أن يكون قاصرًا أو امرأة متزوجة ، وهما غير مسئولين عن عملهما قبل الموكل إلا في حدود الأحكام العامة ؛ لأنه هو الذي وكلهما .

التزامات الوكيل :

يجب على الوكيل :

1 - يلزمه عمل ما كلف به ، فلو أهمل التنفيذ ونتج عنه ضرر فهو المسئول عن

---

(1) راجع باب الهبة مثلا في الشرح الصغير جـ 3 ص 339 وما بعدها ، مواهب الجليل جـ 6 ص 49 ، الكافي لابن عبد البر ص 528 .

التعويض المترتب على ذلك ، وهو ملزم بإتمام ما بدأه بعد وفاة الموكل إذا ترتب على الترك ضرر ، وهو ضامن للغش والخطأ الناتج عن إدارته ، والمسئولية المترتبة على الوكيل بأجر أشد من المترتبة على الوكالة المجانية .

2 - تقديم حساب للموكل عن تصرفاته وتبرير ما أنفقه مما تلقاه من نقود موكله ، وعلى الوكيل دفع فائدة المبالغ التي استخدمها لحسابه مادامت مستحقة للموكل من يوم استعمالها لحسابه ، وكذلك فائدة المبالغ التي بقيت بذمته وكانت مستحقة الدفع من يوم طلبها .

وإذا استخدم الوكيل شخصًا بدله فهو مسئول عنه في حالة ما إذا لم يأذن له موكله في استخدام الوكيل شخصًا بدله فهو مسئول عنه في حالة ما لم يأذن له موكله في استخدام أحد مكانه ، أو أذن له بدون تعيين شخص معين واستخدم عديم الأهلية ، وفي كل حالة للوكيل مقاضاة هذا البدل مباشرة .

وإذا تعدد الوكلاء فلا ضمان بينهم في المسئولية ، إلا إذا كان ذلك مشروطًا بينه وبين الموكل .

التزامات الموكل :

يلزم الموكل ما يأتي :

(1) يلزمه تنفيذ التعهدات التي عقدها وكيله في حدود التوكيل المعطى منه للوكيل .

(2) يلزمه دفع ما أنفقه الوكيل لصالح عمله ، وما تحمله من مصاريف لتنفيذ التوكيل ، وفائدة هذه المبالغ تحسب على الموكل من يوم الإنفاق ، ومادام لا يوجد خطأ منسوب للوكيل فلا يعفى الموكل من دفع النفقات المذكورة حتى ولو كان العمل لم ينتج أو لم ينتج ثمرته المطلوبة منه .

(3) يلزمه دفع ما اتفق عليه كأجر للوكيل نظير قيامه بالوكالة .

(4) يلزمه تعويض الوكيل عما أصابه من ضرر من جراء التوكيل من غير إهمال منسوب إليه .

ضمان الوكلاء : إذا تعدد الوكلاء لشخص واحد فهم ضامنون متضامنون في التزامات الموكل المذكورة .

وإن تجاوز الوكيل حدود الوكالة فالموكل ليس ملزمًا بعمله هذا إلا إذا قبل هذا العمل وأقره عليه صراحة أو ضمنًا ، والوكيل مسئول قبل الغير عن هذا العمل دون الموكل إلا إذا كان الوكيل لم يطلع الغير على مدى وكالته .

نتائج الوكالة بالنسبة للغير : الوكيل يعمل مع الغير باسم موكله لا باسمه هو ، فلو تعاقد مع الغير فما يترتب على هذا التعاقد يكون باسم الموكل ، فتنتقل الملكية ويصبح دائنًا أو مدينًا مباشرة بدون وساطة .

نهاية الوكالة :

تنتهي الوكالة بعدة أشياء :

أولًا : بتنفيذ العمل الذي أُعطِي التوكيل لأجله .

ثانيًا : بعزل الوكيل صراحة أو ضمنًا ، كما إذا وكل آخر في نفس العمل الذي وكل فيه الأول ، وهذا العزل لا يعارض به الغير إلا إذا أعلن أو علم به ؛ وللموكل الحق في إلزام وكيله أن يسلمه سند الوكالة العرفي أو الرسمي .

ثالثًا : بتنازل الوكيل عن الوكالة ، فإن أضر التنازل بالموكل فعلى الوكيل تعويضه إلا إذا كان مستحيلًا عليه الاستمرار في الوكالة عرفًا أو لأعذار قاهرة .

رابعًا : بموت أحد الطرفين ، أو بمنعه من التصرف قانونًا ، أو إفلاسه ، أو توقفه عن الدفع ، أو تصفية عمله قضاء ؛ فتنتهي الوكالة .

فإن جهل الوكيل وفاة الموكل فما أتمه من العمل حال جهالته فهو صحيح ولحساب الموكل ، وعلى ورثة الوكيل إبلاغ وفاته إلى موكله ، وعليهم مباشرة العمل الذي يترتب على تركه إلحاق الضرر بالموِّكل [1] .

بند [90] التوكيل

التشريع الإسلامي : هو أن يكل شخص لآخر عمل شيء نيابة عنه مجانًا أو بأجر [2] .

---

(1) انظر : البنود من 1984 إلى 2010 في الكتاب الثالث عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 134 : 139 .

(2) تناولت المادة 699 من القانون المدني المصري تعريف الوكالة ، ونصها : « الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل ، والمادة تقابل المادة 927 من التقنين العراقي ، والمادة 833 من =

والوكالة تجوز بما يدل عرفًا من قول أو كتابة أو إشارة ، ومن الوكالة عرفًا تصرف شخص في مال إخوته أو زوجه بلا نكير منهم إلا إذا ثبت التعدي . ويتقيد بشيء معين وبنص أو قرينة أو عرف . وأركان وجود التوكيل : موكل ، ووكيل ، وموكل فيه وصيغة [1] .

وتصح النيابة في كل شيء يقبل النيابة كالعقود وفسخها وقبض حقوق وحوالة وإبراء . وكل شيء لا تجوز فيه النيابة لا يصح فيه التوكيل [2] ؛ لأن ما يطلبه المشرع من الشخص ثلاثة أقسام :

أولًا : ما كان مشتملًا على مصلحة منظور فيها لنفس الفاعل فلا تحصل له مصلحته إلا بالمباشرة وتمنع فيه النيابة قطعًا وذلك كحلف اليمين الحاسمة في حق أو غيره ، والإيمان بالله ورسوله ، والصلاة ؛ والصيام ، والنكاح بمعنى الوطء .

ثانيا : ما كان مشتملًا على مصلحة منظور فيها لذات الفعل من حيث هو ، وهذا لا يتوقف حصول مصلحته على المباشرة فتصح فيه النيابة قطعًا كرد العواري والودائع والمغصوبات ، وقضاء الديون والعقود وفسخها إلخ . فمصلحة هذه الأشياء إيصال الحقوق لأهلها ، وذلك مما يحصل بفعل المكلف لها وغيره ، فيبرأ المأمور بها بفعل الغير .

ثالثًا : ما كان منظورًا فيه لمصلحة من جهة الفعل ومن جهة الفاعل فهو متردد بينهما . وقد اختلف العلماء في هذا بأيهما يلحق كالحج فهو عبادة معها إنفاق مال ، فالإمام مالك ومن وافقه رأوا أن مصلحته ذاتية وهي تأديب النفس وتهذيبها فلا تجوز فيها الوكالة ، والإمام الشافعي وغيره قدموا الجهة المالية فأجازوا الوكالة .

= التقنين الأردني ، والمادة 698 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 266 . ولا يخرج هذا التعريف عن نظيره في الفقه الإسلامي ؛ فقد نصت المادة 1449 من المجلة العدلية على أن « الوكالة تفويض أحد أمره إلى آخر وإقامته مقامه . وكذا نصت المادة 892 من مرشد الحيران على أن « التوكيل هو إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم » . وهو ما تناولته المادة 906 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام أبي حنيفة . راجع حاشية ابن عابدين 415/4 . ونصت المادة 345 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب مالك أن « الوكالة نيابة شخص لغيره في حق قابل للنيابة فيه بما يدل عليه عرفا » .

(1) يقول الدردير : « وأركانها أربعة : موكل ، ووكيل ، وموكل فيه ، وصيغة تعلم من قوله نيابة ، وهي تستلزم منيبًا ومنابًا » . الشرح الصغير جـ 3 ص 202 ، وحاشية الرهوني على الزرقاني جـ 6 ص 108 : 109 .

(2) وشرط محل التوكيل أن يكون قابلًا للنيابة مثل البيع ، والحوالة ، والضمان ، وسائر العقود والفسوخ ، والتركة ... ولا تجوز في العبادات البدنية ، وتجوز في المالية كالصدقة ، والحج . بداية المجتهد (301/2) .

فإن كانت الوكالة رسمية فسندها كتابي رسمي ، وإن كانت عرفية فسندها الإثبات بالبينة أو بالعرف الجاري العمل به .

والتوكيل يوجد بإرادة الطرفين ، وقد يكون مجانًا بلا مقابل وقد يكون بأجر أو جُعْلٍ . وقد اختلف العلماء في لزوم الوكالة مطلقًا بمجرد العقد أو بلزومها متى وقعت بأجر أو جُعْلٍ فقط .

فقال بعضهم : لا تلزم الوكالة الوكيل مطلقًا وقعت بأجر أو جُعْلٍ ، وقال بعضهم : تلزم إن وقعت بأجرٍ كتوكيله على عمل معين بأجرة معلومة أو جعلٍ بأن يوكل على تقاضي دينه ولم يعين له قدره أو عينه ، ولكنه عين له من هو عليه . ففي الإجارة تلزمهما الوكالة بالعقد ، وفي الجعالة تلزم الجاعل فقط بالشروع .

وهو عقد ملاحظ فيه نفس الشخص الموكل والوكيل فينعزل الوكيل بموت موكله [1] .

شكل التوكيل :

التوكيل ككل العقود له حقيقة قائمة بذاتها وشروط خاصة لوجوده ، فلا يتكيف بموضوع الوكالة كالتشريع الوضعي الذي يحتم كون التوكيل رسميًّا أمام مسجل العقود في إتمام العقود المشروطة فيها العلانية . وإنما قد يكون رسميًّا ، وقد يكون عرفيًّا بمحرر عرفي ، وقد يكون ببينة وكل هذا خاضع لمحض إرادة المتعاقدين .

غير أن التوكيل إما أن يكون مفوضًا (يعنى عامًّا في جميع التصرفات) فيجب إثباته رسميا لتشعب العمل الذي وكل فيه ، ولأن الناس كثرت مشاحناتهم وادعاءاتهم الباطلة ، وإما أن يكون في أمر خاص كبيع أو شراء أو زواج أو طلاق مثلًا يعني في حالة خاصة فعلى الوكيل إثبات وكالته وإلا كان عمله غير مقيد للموكل بل يكون عمل فضولي ، فإن أجازه الأصيل نفذ وإلا بطل .

والتوكيل العام يتناول كل أعمال الإدارة ولا يتناول نقل الملكية إن لم يفوض له في ذلك . ولا يتناول الإقرار إلا إذا جعل له . فالوكالة تكون مخصصة بالعرف ؛ فالوكيل في القضايا يفعل كل ما يلزم لها مما نص عليه في التوكيل ، ولكن ليس له البيع ولا الشراء إلا بالنص عليهما مثلًا في التوكيل . والوكيل في إدارة عمل تجاري ليس له إبراء

---

(1) اختلف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل علي قولين .... بداية المجتهد (302/2) .

من دين عام أو تأجير أملاك الموكل إلا إذا نص على ذلك مثلًا ؛ لأن عمله محصور عرفًا في كل ما يتعلق بالتجارة وما يلزمها ، حتى إن من أباح له الموكل الإقرار عنه لا يقبل منه مجرد الإقرار ، بل يجب أن يكون أقر بما يشبه أن يكون حقًا على الموكل ، ولم يقر لمن يتهم عليه ، وكان الإقرار من نوع الخصومة أو من نوع ما وكل فيه .

ويلحق بما وكل فيه ما يقتضيه التوكيل كالوكالة في البيع مثلًا ، فللوكيل طلب الثمن وقبضه ؛ لأن البيع يقتضيه ، وفي الشراء قبض المبيع وتسليمه ؛ ورد المبيع لأن الشراء يقتضيه .

أهلية المتعاقدين :

الوكالة عقد ككل العقود توجد بين موكل ووكيل ؛ فيشترط في الموكل أن يكون أهلًا للتعاقد ليلتزم بما التزم به وكيله [1] ، فوكالة الصبي مثلًا غيره باطلة اتفاقًا . فكل عمل يتم من وكيل الصبي فهو باطل لابتنائه على باطل . وأما الوكيل فلا يشترط فيه إلا التمييز فيصح لرجل أن يوكل صبيًا عاقلًا مميزًا ، والرجل مؤاخذ بما فعله هذا الوكيل ، غير أن الصبي لا ضمان عليه فيما أتلف ؛ لأن موكله سلطه على ما وكل فيه ، ويجوز توكيل المرأة المتزوجة ؛ لأنها كاملة التصرف أهليتها تامة ، وهي مؤاخذة بعملها قبل موكلها ، وهذه الأحكام مطابقة تمامًا للتشريع الإسلامي .

التزامات الوكيل :

اختلف علماء المالكية :

1 - هل تلزم الوكالة مطلقًا وقعت بأجر أو بجُعل أو مجانًا بلا مقابل ؟

2 - أو هل تلزم متى وقعت بأجر من وقت العقد أو بجعل متى شرع فيها الوكيل ؟ ففي الإجارة تلزمهما بالعقد ، وفي الجعالة تلزم الجاعل فقط بالشروع ، وعلى هذا يلزم الوكيل عمل ما توكل فيه ؛ فلو أهمل الوكيل ونتج عنه تلف أو ضياع فالوكيل

---

(1) تناولت المادة 1/974 من القانون المدني المصري والمادة 692 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية شروط الموكل ونصها : « يجب أن يكون الموكل أهلا لإبرام التصرف الذي وكل فيه » . وتتفق مع المادة 1/93 في التقنين الأردني ، والمادة 1/834 من التقنين الأردني ، والمادة 699 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 266 .

مسئول ، وهو ملزم بالعقد إلى إتمام ما بدأه وكان يترتب على الترك ضرر [1] .

والأصل أن الوكيل أمين فلا ضمان عليه إلا إذا تعدى فهو ضامن لما أتلف [2] أو غش [3] . وينعزل الوكيل بموت الموكل ، ولا فرق في الضمان بين الوكيل بأجر وبدون أجر ؛ لأن الضمان راجع للإتلاف أو الإهمال لا إلى الأجر في الوكالة وعدم الأجر فيها .

ويتعين في التوكيل المطلق على الوكيل ثلاثة أشياء :

1 - نقد البلد .

2 - أن يكون المشْتَرى أو العمل الموكل فيه لائقًا بالموكل .

3 - أن يكون الثمن ثمن المثل ، فإن خالف الوكيل في واحد من الثلاثة بأن تعامل بغير نقد البلد أو اشترى مثلًا ما لا يليق أو زاد الثمن عن المثل خير الموكل في القبول والرد [4] .

وعلى الوكيل تقديم حساب للموكل متى طلبه منه مثبتًا تصرفاته بأدلتها بلا فائدة لا على الموكل ولا على الوكيل ؛ لأن الفائدة محرمة شرعًا [5] .

ومنع توكيل الوكيل غير المفوض لما وكل فيه ؛ لأن الموكل لم يرض إلا بأمانته ، فإن رضي الموكل ، أو كان التوكيل مفوضًا ، أو كان الوكيل لا يليق به مباشرة لما وكل فيه كوجيه في حقير ، أو كان الموكَّل فيه كثيرًا جاز توكيل الغير ، ومتى جاز له التوكيل فلا ينعزل الوكيل الثاني بعزل الوكيل الأول ولا بموته . وينعزل كل منهما

---

(1) جاء في بداية المجتهد قوله « وأما الوكالة فهي عقد يلزم بالإيجاب ، والقبول كسائر العقود » . بداية المجتهد (302/2) . وقد جاء في المادة 703 مدني مصري ، الفقرة الأولى ، أن الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة . وهو ما جاء في المادة 1479 من المجلة العدلية وبدائع الصنائع 27/6 ، 29 .

(2) قاعدة : الوكيل أمين فلا ضمان عليه إلا إذا تعدى فهو ضامن لما أتلف .

(3) وصدق الوكيل بيمينه في دعوى التلف لما وكل عليه لأنه أمين . الشرح الصغير (209/3) .

(4) يقول ابن رشد : « شروط الوكيل أن لا يكون ممنوعًا بالشرع من تصرفه في الشيء الذي وكِّل فيه ؛ فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون » . بداية المجتهد جـ 2 ص 301 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 202 ، 203 ، وحاشية الرهوني جـ 6 ص 108 ، 109 .

(5) تناولت المادة 705 من القانون المدني المصري وجوب تقديم الوكيل حسابا للموكل عن أعماله ، ونصها : « على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة ، وأن يقدم حسابًا عنها ، والمادة تطابق المادة 706 من التقنين الكويتي ، والمادة 936 من التقنين العراقي ، والمادة 856 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 270 .

بموت الموكل الأول ، وله عزل كل منهما ، وللوكيل عزل وكيله ، فإن وكل الوكيل غير المفوض ولم يأذن الموكل وتلف المال ضمنه ؛ لأنه تعدى بتوكيل الغير عنه [1] .

الوكيلان إن وُكِّلا مرتبين فلأحدهما الاستبداد (الانفراد) إلا إذا شرط الموكل عدم انفراد أحدهما عن الآخر ، وإن وُكِّلا معًا فليس لأحدهما الاستبداد إلا إذا شرط الموكل لهما الاستبداد [2] .

فإن تصرف واحد منهم منفردًا مخالفًا شرط الموكل فهو ضامن لما تلف أو أتلف وحده ، فإن تصرفا معًا ونتج تلف أو إتلاف لسوء التصرف ضمنا مشتركين في الضمان غير متضامنين فكلٌّ يؤدي ما عليه ، إلا أن يكون التضامن مشترطًا بينهما من الموكل .

فإن تصرف الوكيل والأصيل (الموكِّل) في شيء فالعقد الأول هو الماضي إلا بقبض للمبيع من الثاني إذا لم يعلم هو ولا المشتري منه ببيع الأول وإلا فالأول . فإن تصرفا معًا في زمن واحد فالمبيع بينهما ، وإن جهل الزمن فلمن قبض وإلا فبينهما ، وإلا اقترعا .

التزامات الموكل :

الوكيل يتعاقد باسم موكله ، فالبيع باسمه مباشرة والشراء له كذلك ، وكل عقد يتم من الوكيل . وكل عمل لصالح الموكل في حدود الوكالة يُلْزِم المَوَكِّل بنتائجه أيًّا كانت .

ولكن يطالب الوكيل بثمن السلعة وبالمثمن ما لم يصرح بالبراءة منهما وما لم يكن العرف عدم طلبه بهما وإلا عمل به .

والوكيل إن كان غير مفوض فإنه يطالَب بالعهدة (أي بالعيب أو الاستحقاق) ما لم يحلف أو يعلم المشتري أنه وكيل ، وإلا كان المطالب به الموكَّل .

وإن كان الوكيل مفوضًا كان للمشتري الرجوع عليه لا فرق بين عدم علم المشتري أنه وكيل أو علم أنه وكيل فقط أو علم أنه وكيل مفوض ، وفي المفوض يصير للمشتري غريمان .

فإن تصرف الوكيل لمصلحة الموكل حسب نصوص التوكيل وجب على الموكِّل

---

(1) وانعزال الوكيل ، مفوضا أو لا ، بموت موكله ، أو بعزله إن علم الوكيل بالموت أو العزل . الشرح الصغير (211/3) .

(2) ولأحد الوكيلين على بيع ، أو شراء ، أو قبض مال ، أو دفعه الاستبداد أي الاستقلال ، إلا لشرط من الموكل بعدم الاستبداد ، فإن شرط عدمه فلا استبداد ، ويتعلق به الضمان . الشرح الصغير (210/3) .

دفع الثمن وما أنفقه الوكيل لمصلحة الموكل ، ودفع أجر الوكيل إن كان له أجر ، أو الوفاء بالجُعل إن كان هناك جُعل [1] .

فإن خالف الوكيل في مُشْتَرى عُيِّنَ ، أو سوق أو زمان عين له ، أو باع بأقل ولو يسيرا ، أو اشترى بأكثر مما سمًّى له أو بأكثر من ثمن المثل كثيرًا خُيِّرَ الموكِّل في القبول والرد ، وتُغْتَفَر الزيادة إلى $\frac{1}{20}$ من الثمن أو $\frac{2}{40}$ أو $\frac{3}{60}$.

وحيث خالف الوكيل لزمه ما اشتراه إن لم يرضه موكله ، فإذا وكله على شراء سلعة وعيَّنَ له الثمن فادعى الوكيل أنه زاد في الثمن زيادة يسيرة دفعها من ماله وطلب الرجوع على موكِّله بتلك الزيادة فإنه يصدق بيمينه حيث لم يطل زمن سكوته عن الطلب بتلك الزيادة ، سواء ادعى دفعها من ماله قبل أن يسلم السلعة للموكِّل أو بعد أن سلمها ، فإن طال زمن سكوته عن الطلب بها فلا تقبل دعواه ، ومحل حلفه عند عدم الطول ما لم يصدقه الموكل وإلا فلا يمين عليه . وإذا صدقه وطال الزمن وادعى دفعها له جرى حكم من ادعى دفع دين عليه .

تعدد الموكلين :

فإن تعدد الموكلون لشخص واحد في عمل واحد ، فإن اشترط الوكيل التضامن بينهم صح الشرط ، وإن لم يشترط فكلٌّ على نصيبه وفي حقه فقط ؛ لأن التضامن بين مدينين لا يكون إلا بالشرط الصريح . راجع الضمان [2] .

نتائج الوكالة بالنسبة للغير :

سبق أن أوضحنا أن الوكيل إنما يتعاقد باسم موكِّله ، ومتى تم التعاقد انتقل

---

(1) جاء في المادة 857 مدني أردني أن « على الموكل أداء الأجر المتفق عليه للوكيل متى قام بالعمل . فإن لم يتفق على الأجر ، وكان الوكيل ممن يعملون به فله أجر المثل ، وإلا كان متبرعا » . ويقترب من ذلك ما جاء في المادة 720 مدني مصري ، والمادة 704 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية التي تتفق مع المادة 857 مدني أردني أكثر من اتفاقها مع المادة المذكورة من المدني المصري ، وذلك في اعتبار الوكالة بأجرة هي الأصل ما لم يتفق على غير ذلك . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية حتى 273 .

(2) تناولت المادة 712 من القانون المدني المصري تعدد الوكلاء ونصها : « إذا وكل أشخاص متعددون وكيلًا واحدًا في عمل مشترك كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة ما لم يتفقوا على غير ذلك » . وتتفق مع المادة 714 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة ص 274 .

الملك والإلزام والالتزام إلى الموكِّل مباشرة بلا واسطة شيء آخر .

نهاية الوكالة :

إن كانت الوكالة محددة في شيء معين فتنتهي بنهايته [1] .

وتنتهي الوكالة بعزل الوكيل صراحة ، ولا يكفي العزل الضمني ، فإن كان التوكيل بسند رسمي وجب أن يكون العزل كذلك ، وإن كان بإشهاد عرفي [2] كان العزل كذلك فإذا فعل الوكيل شيئًا بعد عزله كان فعله مردودًا عليه إن أشهد الموكل بعزله ، ولم يفرط في إعلام الوكيل أنه عزله حيث كان الإعلام ممكنًا ، ولا يشترط إشهار العزل عند حاكم ، فإن اختل شرط من هذين الشرطين لم ينفعه عزله ، ويمضي فعله بعد عزله له حتى إقراره متى كان مفوضًا .

وهذا بناء على أن الوكيل ينعزل بعزله وإن لم يعلم ، أما على أنه لا ينعزل بعزله إلا إذا علم فلا ينعزل قبله ، ولو أشهد به وأشهره عند حاكم .

وليس للموكل عزل الوكيل عن الوكالة متى قاعد الخصم ثلاث جلسات إلا لمقتضٍ كتفريط ، أو ميل مع الخصم ، أو مرض ، أو سفر .

وليس للوكيل عزل نفسه حينئذ إلا لعذر أيضًا .

وينعزل الوكيل مفوضًا أم لا بموت موكِّله إن علم ، والراجح عدم عزله حتى يعلم بموته ، والراجح عدم انعزاله حتى يعلم بعزله [3] .

تنازل الوكيل عن الوكالة :

متى كانت الوكالة التزامًا من الجانبين فليس للوكيل عزل نفسه إلا بالتراضي

(1) تناولت المادة 714 من القانون المدني المصري انتهاء الوكالة ونصها : « تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة ، وتنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل » . وهو ما تناولته المادة 946 من التقنين العراقي ، والمادة 862 من التقنين الأردني ، والمادة 716 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة ص 275 .

(2) قاعدة : الوكالة تنتهي بعزل الوكيل إما بسند رسمي ، أو بإشهاد عرفي .

(3) يقول الدردير : « وانعزل الوكيل مفوضا أو غير مفوض بموت موكله أو بعزله . وإن علم الوكيل بالموت أو العزل فليس له التصرف بعد العلم بما ذكر ، وإلا كان ضامنا ، وكذا ينعزل غير المفوض بتمام الموكل فيه » . الشرح الصغير جـ 3 ص 211 . بداية المجتهد جـ 2 ص 303 ، 304 . حاشية الرهوني جـ 6 ص 110 ، 111 .

على فسخ عقد الوكالة أو كان استمرار الوكالة مستحيلًا عرفًا أو عادة ، وإن كانت الوكالة بلا أجر أي لا التزام فيها إلا من جانب واحد فللوكيل عزل نفسه متى شاء بشرط عدم إلحاق الضرر بمصالح الموكِّل .

ومتى زالت أهلية الوكيل الشرعية عن وقت التوكيل بطلت الوكالة كما إذا جن الوكيل لا إن أفلس أو توقف عن دفع ديونه أو حُكِم بإفلاسه وتصفية ديونه ؛ لأن هذه الحالة الطارئة تعرضت لماله لا لشخصه والوكالة مقصود فيها الشخص ، فإن خاف الموكل من تغيير حالته المالية فله عزله ، ولا ينعزل إذن من نفسه لطُرُوّ هذه الأحوال عليه . وأما المحجور عليه لسفه فإن كان الحجر في معنى ما توكل فيه فالظاهر أنه يعزل ، وإن كان يجوز مبدئيًا توكيل الصبي المميز إلا أن هذا مدخول عليه بخلاف الحجر للسفه فهو طارئ ، أما إذا وكَّل سفيهًا مبدئيًا فالظاهر أنه كالصبي .

بند [91] الصلح

القانون الفرنسي : الصلح عقد يضع به شخصان أو أكثر حدًّا لخصومة قائمة أو منظورة الوجود بينهما بتنازل كل واحد منهم عن بعض حقوقه المتقابلة ، ولا يختلط الصلح بما يأتي :

أولًا : القبول : وهو اعتراف المدعى عليه بأن دعوى المدعي صحيحة .

ثانيًا : التنازل : وهو ترك المدعي دعواه المنظورة مع احتفاظه بنفس الحق المدعى به على أن يقاضي خصمه متى شاء .

ثالثًا : التحكيم : وهو عقد به يضع شخصان خصومتهما بين يدي حكمين ليفصلا فيها . فالصلح هنا مغاير لهذه الأشياء الثلاثة .

وصفات هذا العقد القانونية : هي أنه عقد تحريري ليكون دليلًا ، وهو عقد يوجد التزامات متقابلة من الطرفين ، وهو مراعى فيه الطرفان ، بمعنى أن كل طرف يتنازل عن شيء من حقه للطرف الآخر .

أهلية الطرفين :

يشترط لصحة الصلح أن يكون الطرفان أهلًا للتصرف وقادرين على ما تم الصلح فيه ، ويجب أن يكون الصلح في الشيء الذي يصح أن يكون في التجارة ؛ فلا يصح الصلح فيما يمس النظام العام كالأحوال الشخصية والدعوى العمومية .

نتائج الصلح :

وللصلح بين الطرفين ما للحكم النهائي الصادر من آخر مرحلة في القضاء ، فينتج ما يأتي :

أولًا : إن الصلح لا ينجر إلا إلى الشيء محل الخصومة فلا يتعداه لغيره ، فإن تملك أحد الطرفين حقًّا طارئًا بعد الصلح مشابهًا لما تم الصلح فيه فلا ينسحب عليه الصلح .

ثانيًا : الصلح الحاصل بين أحد الخصوم وطرف آخر لا ينسحب على بقية الخصوم ؛ فلا يصح أن يعارضوا به إلا إذا كانوا طرفًا في الصلح .

لا وجود للصلح في المواضيع الآتية :

أولًا : متى كان هناك خطأ بين الطرفين في مادة الصلح (أردت الصلح في خصومة كذا وأنت أردته في خصومة أخرى) لاختلاف إرادة الطرفين فلا وجود للصلح .

ثانيًا : متى صدر حكم نهائي في الخصومة المراد الصلح فيها وقت الصلح أو قبله فلا وجود للصلح إذن .

ويصح إلغاء الصلح إلغاء خاصًا في المواضيع الآتية :

أولًا : إذا وجد خطأ في الشخص المراد عقد الصلح معه (أردت الصلح مع زيد فإذا هو عمرو) .

ثانيًا : إذا وُجِد غش أو إكراه في الصلح .

ولكن الخطأ في الحق والغبن الفاحش لا يستوجبان جواز الإلغاء [1] .

بند [92] الصلح

التشريع الإسلامي : الصلح اتفاق شخصين أو أكثر على وضع حد لنزاع بينهما مقابل عوض . فيشمل الصلح ثلاثة أقسام : بيع ، وإجارة ، وهبة أو هو [2] انتقال

---

(1) انظر البنود من 2044 إلى 2058 ، في الكتاب الخامس عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ، ص 146 : 149 .

(2) يقول الدردير : « الصلح انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه ، وهو على ثلاثة أقسام : بيع ، وإجارة وهبة ؛ لأن المصالح به إن كان ذاتا فبيع ، وإن كان منفعة فإجارة ، وإن كان ببعض المدعى به فهبة » . الشرح الصغير جـ 3 ص 162 ، حاشية الرهوني جـ 5 ص 366 وما بعدها .

عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه [1] :

أولًا : الصلح على أخذ غير المدعى به بيع لذات المدعى به (كدعوى بحيوان أو طعام فأقر المدعى عليه أو سكت أو أنكر ، ثم صالح بنقود) فيشترط فيه شروط البيع وانتفاء موانعه ، وإلا كان صلحًا باطلًا .

ثانيًا : الصلح على غير المدعى به وكان بمنفعة فهو إجارة ، فإن ادعى دابة فصالحه على منافع مضمونة كانت إجارة (كسكنى منزل معين مدة معينة نظير ترك دعواه) فيجب تحقق شروطها في هذا الصلح ، وإلا كان باطلًا .

ثالثًا : الصلح ببعض المدعى به هبة ، فإن ادعى بخمسين فصالحه على عشرين فهبة للبعض المتروك وإبراء منه ، فيجب فيه تحقق شروط الهبة وإلا كان الصلح باطلًا .

وعلى هذا يكون الصلح في الدعاوى التي فيها إقرار أو سكوت أو إنكار [2] .

وبما أن الصلح تنازل من أحد الخصمين عن بعض حقوقه فيتحقق في اعتراف المدعى عليه وفي ترك الدعوى وفي التحكيم ؛ لأن المدعي يملك التنازلَ عن كل الدعوى وعن الحق المدعى به كله ، فمن بابٍ أولى الصلحَ على ترك بعض حقه ، وهو أقطع للخصومة واللجج فيها حتى من الحكم النهائي ؛ لأن الصلح يصدر عن رضى وطواعية من الطرفين ، والحكم يصدر قسرًا وجبرًا كما يرى القاضي . فلم يستند المشرع الوضعي على علة عقلية تفسر عدم جواز الصلح في هذه المواضيع الثلاثة ، ولهذا كان التشريع السماوي معقولًا في إباحة الصلح فيها .

وكما يجوز أن يكون عقد الصلح تحريريًا يكون شفويًا ويجب الإشهاد فيه [3] ؛ لأنه قاطع لخصومة ، و الأحوط تسجيله ليكون دليلًا للطرفين عند التنازع ، والصلح يوجد

---

(1) تناولت المادة 549 من القانون المدني تعريف الصلح ونصها : « الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعًا قائمًا أو يتوقيان به نزاعًا محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 191 .

(2) الصلح جائز عن إقرار ، وإنكار ، وسكوت إن لم يؤد إلى حرام ، فإن أدى إليه حرم . روى الترمذي ، وحسنه أن النبي ﷺ قال : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالًا ، أو أحل حرامًا » . الشرح الصغير (162/3) بداية المجتهد (293/2 ، 294) .

(3) قاعدة : عقد الصلح يكون تحريريًا أو شفويًا ويجب الإشهاد فيه .

التزامات متقابلة متى كان بيعًا أو إجارة ، وإذا كان هبة ففيه التزام من جانب واحد .

أهلية الطرفين : يشترط في المتصالحين أن يكونا أهلًا للتعاقد ؛ لأن الصلح ، كما سبق لم يخرج عن كونه بيعًا أو إجارة أو هبة ، فيجب وجود أهلية شرعية [1] لكل نوع كما توضح في بابه [2] .

وكل صلح جائز إلا ما أحل حرامًا أو حرم حلالًا [3] ؛ فيجوز الصلح عن دين بما يباع به [4] فيمنع في فسخ دين في دين ، أو صرف مؤخر ، أو بيع الطعام قبل قبضه ، أو ضع وتعجل ، أو أخرني وأزيدك ، وبالجملة يمنع الصلح في كل عقد لا يجوز شرعًا ابتداء .

ويجوز الصلح عن الافتداء عن اليمين [5] وعن مقتضى السكوت والإنكار بشروط :

1 ، 2 - إن جاز الصلح على دعوى كل من المدعي والمدعى عليه في الصلح على الإنكار ، وأما على السكوت فالشرط جوازه على دعوى المدعي فقط .

3 - إن جاز الصلح على ظاهر الحكم الشرعي بأن لا تكون هناك تهمة فساد، فلا يصح الصلح في شيء محرم يمس النظام العام ، أو ينقص حقًّا شخصيًّا مقررًا في القواعد الشرعية كنفي نسب ولد من فراش شرعي قائم بغير قواعده المقررة .

نتائج الصلح :

متى وقع الصلح مستوفيًا شروطه كان ملزما للطرفين [6] كل فيما التزمه ، ولا

---

(1) قاعدة : يجب وجود أهلية شرعية في عقد الصلح .

(2) تناولت المادة 550 من القانون المدني المصري والمادة 542 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية الشروط الواجب توافرها فيمن يعقد الصلح ، وهو ما تناولته المادة 669 من التقنين العراقي ، والمادة 552 من التقنين الكويتي ، والمادة 648 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : -

1 - يشترط فيمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح .

2 - وتشترط أهلية التبرع إذا تضمن الصلح إسقاط شيء من الحقوق » .

انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 191 .

(3) قاعدة : كل صلح جائز الا ما أحل حراما أو حرم حلالا .

(4) يجوز الصلح عن دين بشيء يباع به ذلك الدين أي بما يصح بيعه به . الشرح الصغير (163/3) .

(5) وجاز الصلح بشيء على الافتداء من يمين توجهت على المدعى عليه المنكر ، ولو علم براءة نفسه . الشرح الصغير (164/3) .

(6) قاعدة : متى وقع الصلح مستوفيا شروطه كان ملزما للطرفين .

ينجر الصلح لغير موضوعه ولا إلى أشخاص لم يتفقوا عليه ، فلا يكون حجة قِبَل الغير إلا إذا كان طرفًا فيه . ويصح للدائنين ، ومن لهم مصلحة ، أو عاد عليهم من الصلح ضرر المعارضةُ فيه ، وطلبُ إلغائه متى كان مضرًّا بهم .

والصلح يحسم النزاع ظاهرًا فقط [1] ، فلو كان أحد المتصالحين ظالمًا في صلحه فلا يحل له في الواقع ونفس الأمر أَخْذُ ما تصالح عليه بينه وبين نفسه وربه .

فلو أقر الظالم منهما بعد الصلح فللمغلوب نقضه ؛ لأنه كالمغلوب عليه ، أو شهدت بينة لم يعلمها حال الصلح قربت أو بعدت وحلف أنه لم يعلم بها ، أو أشهد عند الصلح وأعلن أنه يقوم بها إذا حضرت ، أو صالح على إنكار لعدم وجود وثيقة ، ثم وجد وثيقته بعد الصلح ، أو نسيها حال الصلح ، ثم تذكرها بعده مع يمينه ، أو أشهد سرًّا أنه له بينة سيقوم بها بعد حضورها ، فله في هذه الأحوال نقض الصلح وله إمضاؤه .

والخطأ في الشخص المراد عقد الصلح معه نقص تام في الإرادة ، والخطأ في مادة الصلح نفسها كذلك ؛ فالصلح باطل .

وأما صدور الحكم النهائي في الخصومة المراد الصلح فيها وقت الصلح أو قبله فلا يبطل الصلح ، ويكون المعول عليه هو الصلح ، ويكون عمل المتصالحين عدولا عن التمسك بالحكم وإقرارًا منهما بأن ما قدماه في دفاعهما فيه غير الحقيقة ؛ لذلك عدلا عن التقاضي إلى التفاهم الودي بما يرضي الحقيقة المعروفة بينهما ؛ لأن الخصومة كثيرًا ما تلجئ الخصوم إلى الادعاء الكاذب وتقديم أدلة كاذبة ، فلم يكن التشريع الوضعي موفقًا في هذه المسائل ؛ لأنه يجوز للطرفين عدم التمسك بنفس

---

(1) تناولت المادة 553 من القانون المدني المصري والمادة 545 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية أثر الصلح في انقضاء الحقوق والإدعاءات التي نزل عنها أي من العاقدين نزولا نهائيا . وهو ما تناولته المادة 556 من التقنين الكويتي . والمادة 712 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا تم الصلح فلا يجوز لأحد من المتصالحين الرجوع فيه ، ويملك المدعي بالصلح بدله وتسقط دعواه » . وتقابل المادتين 655 و 656 من التقنين الأردني . فالمادة 655 من هذا التقنين تنص على مايأتي :

1 - يترتب على الصلح انتقال حق المصالح إلى البدل المصالح عليه وسقوط حقه الذي كان محل النزاع .

2 - ويكون ملزما لطرفيه ولا يسوغ لأيهما أو لورثته من بعده الرجوع فيه » .

والمادة 656 تنص على أنه « يقتصر أمر الصلح على الحقوق التي تناولها وحسم الخصومة فيها دون غيرها » .

انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ص 192 .

الحكم فمن بابٍ أولى الصلح على ما ينافيه أو يناقضه .

وبما أن الصلح لا يخرج عن كونه بيعًا ، أو إجارة ، أو هبة ، فحكمه مع الغش والإكراه يرجع إلى حكم الغش ، أو الإكراه في البيع ، أو الإجارة ، أو الهبة .

وإن استُحِق أو رُد بعيب أو أخذ بشفعة ما تم عليه الصلح ، كان مقومًا رجع المصالح على دافعه بقيمته يوم الصلح به سليمًا ، فإن كان مثليًا رجع بمثله [1] .

بند [93] عقد التأمين

القانون الفرنسي : وهو بشكل عام : عقد به يتعهد شخص يدعى مؤمِّنًا بدفع مبلغ معين عند حصول بعض حوادث معينة كالحريق ، أو الغرق ، أو الموت إلخ إلى شخص آخر يسمَّى مؤمنًا له الذي يتعهد مقابل ذلك بدفع مبلغ معين تحت اسم مكافأة التأمين .

والتأمين قسمان : تأمين بري ، وتأمين بحري ولا كلام لنا في البحري .

وأما التأمين البري فقسمان : تأمين على الشيء ، وتأمين على الشخص .

التشريع الخاص بالتأمين البري لم يُسنَّ له قانون في فرنسا ، أما في سويسرا فقانون سنة 1908 وفي ألمانيا سنة 1908 ، ولكن في فرنسا العمل في هذا من عمل العلماء المتشرعين .

أولًا : التأمين على الشيء : وهو عقد يتعهد فيه المؤمن ضد خسارة من شيء محدد تكون مادة التأمين قابلة لحدوثه بتعويض المؤمَّن له عن هذه الخسارة متى تحققت . ومادة التأمين متعددة منها : الحريق ، والغرق ، والثلج ، والمرض ، أو ضياع الحيوان إلخ .

فهو عقد ملزم للطرفين بواجبات متقابلة . وهو عقد حظ ، تارة يكون لصالح المؤمِّن إذا لم تحصل مادة التأمين ؛ فلا يدفع شيئًا مع تقاضيه المبلغ المتفق عليه ، وتارة يكون لصالح المؤمَّن له إذا تحققت مادة التأمين فيدفع له مكافأة التأمين أو التعويض .

---

(1) يقول ابن رشد : « الصلح الذي يقع على الإقرار يراعى في صحته مايراعى في البيوع ؛ فيفسد بما تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته » . بداية المجتهد جـ 2 ص 294 . الشرح الصغير جـ 2 ص 163 ، 164 .

القواعد المحددة لعقد التأمين هي :

أولًا : التأمين عقد تعويض ؛ لأنه عند حصول مادة التأمين يدفع المؤمن إلى المؤمن له قيمة التعويض ، فليس كاللعب والمراهنة ؛ لأنهما يحققان مكسبًا بدون رأس مال .

ثانيًا : التأمين عقد تبادلي ؛ لأن رأس المال المدفوع للتأمين يقابله التعويض الذي يُدْفَع عند الضياع أو التلف .

ثالثًا : التأمين يرتكز على قاعدة احتمالية : الملاحظات دلت على أن الحوادث التي قد تحدث احتمالاً قد أصبحت منظمة بقواعد ثابتة ينبني عليها حكم سليم كما دلت على ذلك الإحصاءات في التأمين ، لذلك قد توصلت شركات التأمين إلى التأكيد بطرق حسابية صحيحة بتقدير قيمة ما يدفع من الطرفين .

أنواع شركات التأمين :

شركات التأمين نوعان : تأمين مشترك وهي ما يديرها نفس الشركاء مباشرة ، وهم متضامنون في الخسارة . وتأمين بحصة معينة محدودة . وهذه لها شخصية قانونية مكونة من المشتركين ، وتديرها جماعة لحساب المؤمنين كنوع من وكلاء الأشغال ، ثم على الشركاء الربح الناتج عن هذه الإدارة .

تكوين عقد التأمين :

يتكون عقد التأمين من ثلاثة عوامل :

أولًا : الخسارة : وهو الخطر الذي من أجله يُعْقَد التأمين لاتقاء ما ينتج عنه ، وهي حادثة مستقبلة غير مؤكدة الحصول تشبه الشرط في العقد ، وتحقيق الخسارة يسمى نكبة .

ثانيًا : عمولة التأمين : وهو ما يتعهد المؤَمَّن له بدفعه للمؤمن فهو ثمن الخسارة المقدرة بمعرفة المؤمن ، والخسارة مقدرة بالمدة الدورية وهي تُدْفَع سنويًّا وغير قابلة للتجزئة ، فإن انتهى العقد وسط السنة وجب دفعها كلها مرة واحدة .

ثالثًا : التعويض : وهو مبلغ من النقود يتعهد المؤِّمن بدفعه للمؤمن له عند تحقق الخسارة ، ولا يصح أن يزيد عن ثمن الشيء التالف وقت النكبة ، فإن تحقق سوء نية المؤمن له فللمؤمن فسخ عقد التأمين ، ويحتفظ لنفسه بما دفعه المؤمن له من

عمولة زيادة عن طلب التعويض .

عقد التأمين يتحقق بمكتوب يسمى (بوليسة) [1] ومدوَّن به شروط التعاقد ، وهي لإثبات التعاقد لا لصحة وجوده ، ويجب أن يكون من صورتين .

بند [94] التأمين

التشريع الإسلامي : العقود التي فيها خطر وموكول أمرها للحظ ممنوعة شرعًا . فيجب أن يتعاقد الإنسان فيما يعلم على ما يعلم لهذا كانت مخالفة للتشريع الإسلامي فلا مقارنة فيها .

بند [95] التزامات المؤمن له

القانون الفرنسي :

المؤمَّن له ملزم بشيئين :

أولًا : قبل حصول الكارثة :

1 – عدم كتمان أي شيء وإملاء الحقيقة في البوليسة ، وإلا كان العقد لاغيًا إلا إذا كان تحرير البوليسة حصل بمعرفة ممثلي شركة التأمين بعد رؤية الشيء المؤمن عليه ، وعلى المؤمن له إخبار المؤمن بما يحدث ومن شأنه زيادة الخسارة .

2 – دفع عمولة التأمين : الأقساط تُدْفَع مقدمًا ، وفي حالة عدم الدفع لمدة 15 يومًا يرتفع حق التأمين ، فإن حصلت النكبة فلا يستحق المؤمن له تعويضًا ، وذلك بدون تنبيه رسمي أو غير رسمي .

ثانيًا – بعد الكارثة :

يجب على المؤمن له عند حصول الكارثة شيئان :

1 – عمل كل ممكن لحصر الخسارة التي تنتج عن النكبة .

2 – إخطار المؤمن في المدة المحددة في البوليسة .

---

(1) بوليسة : La police كلمة فرنسية بمعنى بوليسة أو وثيقة التأمين . انظر : قاموس المنهل ص 937 للدكتور سهيل إدريس .

واجبات المؤمن :

يجب على المؤمن تعويض المؤمن له عن الخسارة التي لحقته من حصول النكبة في حدود الشروط المبينة في البوليسة [1] .

نهاية العقد وتلاشيه :

الأسباب العادية لتلاشي عقد التأمين هي : دخول الوقت المحدد لنهاية العقد ، وفسخ العقد . والأسباب الاستثنائية هي الإفلاس ، أو التصفية القضائية ، وموت المؤمن له ، وبيع الشيء المؤمن عليه .

الوقت المشروط :

في العادة تحدد مدة العقد وغالبًا لمدة عشر سنوات ، وفي نهاية الأجل ينتهي العقد من نفسه بقوة القانون بدون احتياج لأي شيء آخر .

فسخ العقد :

تسري أسباب الفسخ في العقود العامة على عقد التأمين . وللمؤمن اشتراط فسخ العقد له خاصة في بعض الأحوال خصوصًا بعد حصول النكبة .

إفلاس أو تصفية قانونية :

هذان السببان يوجبان الفسخ من نفسهما ، لكن لما كان المؤمن له لا يقدر على دفع عمولة التأمين كان للمؤمن حق الفسخ .

موت المؤمن له :

بموت المؤمن له يبطل عقد التأمين [2] ولو اشترط في البوليسة أن الورثة ملزمون بتنفيذ شروط العقد ؛ لأن الشخص ملحوظ فيه فهو يبطل بقوة القانون .

سقوط الحق بمضي المدة :

يسقط الحق بعد مضي خمس سنوات حسب القانون . ولكن يشترط المؤمن أن

---

(1) قاعدة : المؤمن ملزم بتعويض المؤمن له عن الخسارة التي لحقته من حصول النكبة في حدود الشروط المتفق عليها في البوليسة .

(2) قاعدة : يبطل عقد التأمين بموت المؤمن له .

له سنة ونصفًا لدعواه ضد المؤمن له في دفع عمولة التأمين وستة أشهر لرفع دعوى المؤمن له ضد المؤمن في التعويض .

ثانيًا – التأمين على الشخص :

وهو عقد يتعهد فيه شخص (المؤمن) أن يدفع مبلغًا معينًا إلى المؤمن له ، أو إلى من يعينه في البوليسة نظير تلقيه مبلغًا معينًا من المؤمن له ، وذلك عند حصول أي حادث مستقبلاً (موت – إضراب إلخ) . والأكثر استعمال هذا التأمين على الحياة . ويختلف التأمين على الشخص عن التأمين على الشيء في أن التأمين على الشخص ليس تعويضًا ، وإنما هو عقد تبصُّر في العواقب وتوفير مخصص لحفظ مبلغ معين إلى شخص عند حصول ضرر ناتج عن حادثة معينة .

التأمين منظور إليه في ذاته فقط : يظهر التأمين على الحياة في أشكال مختلفة (التأمين في حالة الوفاة ، التأمين في حالة الحياة ، التأمين في حالتي الوفاة والحياة) .

التأمين في حالة وفاة المؤمن له أو شخص آخر نص عليه في البوليسة :

متى مات المؤمن له دفع المؤمن رأس المال المتفق عليه إلى الورثة أو إلى الشخص المعين في عقد التأمين ، ومتى مات الشخص المعين في العقد دفع المؤمن رأس المال إلى المؤمن له ولا يجوز التأمين على حياة طفل لم يبلغ 12 عامًا .

والتأمين على الحياة أن يتعهد المؤمن بدفع مبلغ معين متى بلغ المؤمن له سنا معينة أو شخص أفلس كذلك ، فمتى بلغ السن المعينة وجب دفع المبلغ المتفق عليه حسب نص العقد ، والتأمين حال الحياة أو الموت أن يتعهد المؤمن بدفع مبلغ محدد للمؤمن له متى بلغ سنًا معينة ، وإذا مات دفع لورثته مبلغًا معينًا كذلك .

وفي الواقع التأمين على الحياة أو الموت عمل مشترك بين جميع المؤمن لهم حيث يدفعون عمولة التأمين لتكون رأس مال يؤخذ منه التأمين المحدد لكل واحد حسب شروطه ، وشركة التأمين واسطة بين الأعضاء الذين لا يعرفون بعضًا في إدارة رأس المال المذكور وتوصيل حق كل واحد إليه .

وينتهي عقد التأمين متى جاء أجل العقد وتحقق الشرط في الحياة أو الموت أو كليهما .

بند [96]

التشريع الإسلامي : هذا بقية عقد التأمين الذي لا يجوز عقده ولا التعامل به أو هو ممنوع شرعًا ، وإذا وقع فهو باطل أصلًا بل ويؤدب عاقده ؛ لأن فيه مفاسد لا يصح تركها للضرر الذي يلحق المتعاقدين من عدم معرفة ما تعاقدا عليه ، بل أمر ذلك متروك للقضاء والقدر [1] .

---

(1) هذا هو رأي المؤلف في التأمين . غير أن هناك آراء أخرى تبيحه انطلاقا مما في التأمين من تعاون لدفع المخاطر المشتركة ، وشبهه بنظام الضمان الاجتماعي الذي تيسره الدولة ، فضلا عن ضرورته لممارسة الأنشطة الاقتصادية . ولهذا ذهب عدد من الباحثين إلى إباحة التأمين التجاري والتعاوني بصورهما المختلفة (مصطفى الزرقا ، عقد التأمين « السوكرة » وموقف الشريعة الإسلامية منه ، مطبعة جامعة دمشق 1962) ، ويشبه عند هؤلاء في الفقه الإسلامي ولاء الموالاة وضمان خطر الطريق . وقد أبيح لأنه عقد مستحدث ، والأصل في المعاملات والعقود الإباحة مالم يرد دليل الحظر (علي الخفيف ، بحث مقدم إلى مجمع البحوث الإسلامية عام 1965 ، وعيسوي أحمد عيسوي ، عقد التأمين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية والقانون ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يوليو 1962 ص 167 وما بعدها) . وقد أجاز الكثيرون التأمين التعاوني دون التأمين التجاري (محمد أبو زهرة ، مجلة حضارة الإسلام ، دمشق 1961 ص 524 ، وحسين حامد حسان ومحمد بلتاجي في كتابيهما عن عقد التأمين) وقد انتهى ابن عابدين إلى تحريم التأمين البحري (حاشية ابن عابدين 170/4 ورسائل ابن عابدين 176/2) وهو يخالف ما ذهب إليه محمد عبده . انظر التأمين للدكتور محمد الدسوقي (ص 75) وقد أشار السنهوري لهذه الفتوى في الوسيط 1087/7 وما بعدها . وقد حرم عيسى عبده التأمين التجاري ، انظر كتابه التأمين ، الأصل والبديل ص 20 وما بعدها . وانظر أيضا : التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه للدكتور محمد الدسوقي ، وحكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين للدكتور حسين حامد حسان . وعلى الرغم من هذا الخلاف في النظر إلى التأمين التجاري فقد حرص القائمون على مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية على تنظيم أحكام التأمين على أساس قيام شركة مضاربة بين المؤمن لهم وشركة التأمين التي تتولى إدارة أموال التأمين واستثمارها ، حرصا على استبعاد أية شبهة في مشروعية التأمين ، طبقا لما جاء في المذكرة التوضيحية السابقة على المادة 747 ، وذلك باعتبار التأمين عقد تعاون لا معاوضة ، واستبعاد عنصر الغرر فيه ، فلا يبقى شك في مشروعيته .

نتيجة المقارنات من بند 77 إلى نهاية بند 96

يتفق التشريعان فيما يأتي :

البدل - الشركة - القرض - الوديعة - اللعب والرهان - المعاش مدة الحياة بلا مقابل - التوكيل - التزامات الوكيل - التزامات الموكل - ضمان الوكلاء - نهاية الوكالة (إلا في الإفلاس والتوقف) - الصلح - نتائج الصلح .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

عقد ترتيب معاش بمقابل - عقود الحظ (القضاء والقدر) - المعاش المرتب مدة الحياة - عقد التأمين .

بند [97]

القسم السابع

الكتاب الأول

ترتيب أملاك الزوجين وما يتبع ذلك

القانون الفرنسي :

نظرة عامة : عقد أملاك الزوجين عقد ينظم أملاك الزوجين مدة بقاء الزوجية ، ويبين مقدار اشتراك كل واحد منهما في نفقات المعيشة الزوجية .

العلاقة بين عقد ترتيب أملاك الزوجين وبين إشهاد الزواج (عقد النكاح) :

يجب عدم الخلط بين نفس الزواج وبين عقد ترتيب أموال الزوجين ؛ فهما يختلفان فيما يأتي :

أولًا : الزواج عقد خاص بشخصية الزوجين بينما عقد ترتيب أموال الزوجين خاص بترتيب أملاكهما .

ثانيًا : الزواج يكون أمام الموظف المختص بالأحوال الشخصية ، بينما عقد ترتيب أموال الزوجين يكون أمام مسجل العقود المدنية .

ثالثًا : الزواج حدده القانون بأن وضع له شروطًا ونتائج مقدمًا لا يمكن للطرفين ولا لأحدهما تغيير أي شيء أو زيادة أي شرط فيه ، بخلاف عقد ترتيب أموال الزوجين فهو موكول لحرية المتعاقدين يشترطان فيه ما يريانه لمصلحتهما أو لمصلحة أحدهما .

وبالرغم من هذه الفوارق فإن بينهما نقطًا مشتركة ؛ لأن عقد ترتيب الأموال نتيجة للزواج فينتج عن هذا ما يأتي :

أولًا : أن عقد ترتيب الأملاك خاضع في وجوده ونتائجه إلى شرط إعلان الزواج .

ثانيًا : أنه إذا لم يعلن الزواج كان عقد ترتيب الأموال لاغيًا .

ثالثًا : أن عقد ترتيب أملاك الزوجين يكون قابلًا للإلغاء كنتيجة لإلغاء الزواج .

رابعًا : أن عقد ترتيب الأملاك يبتدي وينتهي مع نفس الزواج .

صفات عقد ترتيب أملاك الزوجين القانونية :

أولًا : هو عقد ملزم للطرفين بالتقابل ، فلكل واحد حقوق وعليه التزامات للآخر .

ثانيًا : هو عقد بمقابل ؛ لأن واجبات كل طرف تقابل واجبات الطرف الآخر .

ثالثًا : عقد غير قابل للإلغاء حتى ولو برضى الطرفين المتعاقدين متى أعلن الزواج .

رابعًا : عقد يمكن لمريدي الزواج ترتيبه كما يرون بكل حرية ، ويجب أن يكون علنًا مشهورًا .

أشكال الزواج الأساسية :

ترك القانون حرية تحرير عقد ترتيب أملاك الزوجين ، ولكنه حصر هذه الحرية في اختيار شكل من أشكال أربعة ، ووضع شروطًا عامة لكل واحد منهم ؛ فلا يخرج الزواج عن أربعة أشكال ويسمى نظام الزواج :

الأول : شركة الزوجين (كمونيتي) (1) وهو تقسيم أملاك الزوج إلى ثلاثة أقسام : قسم عام للزوجين غير قابل للقسمة ، وقسم خاص بالزوج ، وقسم خاص بالزوجة ، وللزوج وحده حق إدارة الثلاثة أقسام كرئيس للشركة .

الثاني : بدون شركة أو استبعاد الشركة ، وهو أنه لا يوجد في هذا القسم أملاك عامة ، فكل زوج يحتفظ بأملاكه الخاصة . لكن للزوج وحده حق إدارة أملاكه وأملاك زوجته والانتفاع بغلتهما .

الثالث : فصل الأملاك ، وفي هذا القسم منافع الزوجين منفصلة فكل واحد منهما يحتفظ بملكيته لأملاكه واستغلالها وإدارتها وتترك الزوجة إلى زوجها جزءًا من إيرادها اشتراكًا معه في نفقات المعيشة .

الرابع : المهر ، وهو تقسيم أملاك الزوجة إلى مهر وغير مهر ، فالمهر ما جعلته المرأة مهرًا عند الزواج من أملاكها أو ما أُعْطِي إليها في عقد ترتيب أملاكها من أقاربها مثلًا ، وللزوج حق إدارته وغلته . وغير المهر ما احتفظت به المرأة خارجًا عن اعتباره مهرًا ولها إدارته وغلته فقط ، ويمتاز المهر بأنه غير قابل للتملك وغير قابل للسقوط بمضي المدة .

---

(1) كمونيتي : Communauté كلمة فرنسية بمعنى مُجَمَّع أو وحدة ، و Communauté des biens هو شيوع الأموال بين زوجين . انظر : قاموس المنهل ص 273 للدكتور سهيل إدريس .

نظام القانون العام أو النظام القانوني ، وهو أن يعقد زواجهما بدون تحرير عقد ترتيب أموالهما فيخضع الزوجان بموجب القانون إلى النظام العام وهو الشركة في الأموال أو الشركة القانونية 1393 م .

ملحوظة : نظام الزواج في الممالك الأوروبية يرجع إلى ثلاثة أقسام :

أولًا : البلاد التي قبلت مبدأ الشركة في الأموال ، وهي : بلجيكا وهولاندا والسويد والدانمارك .

ثانيًا : البلاد التي قبلت تفرقة أموال الزوجين وهي : إنجلترا وورومانيا وإيطاليا .

ثالثا : البلاد التي قبلت عدم الشركة ألمانيا .

وإنما كان النظام القانوني العام هو الشركة ؛ لأنه نظام قانوني فرنسي قديم كان معمولا به في العوائد الفرنسية ؛ ولأنه النظام المناسب للزواج ؛ لأنه يجعل مالهما واحدًا كما جعل الزواج شخصيتهما واحدة مندمجة في شخصين .

والنظام القانوني العام في ألمانيا يجعله بدون شركة . وفي إيطاليا يجعله كنظام المهر أو تفرقة المالين ، وفي روسيا وأمريكا وإنجلترا هو التفرقة التامة [1] .

بند [98] عقد الزواج

التشريع الإسلامي : عقد الزواج في التشريع الإسلامي هو العقد الذي يبيح للرجل أن يعاشر زوجته بلا استنكار ، أمام الناس [2] وينتج نتائجه القانونية المترتبة عليه من مصاهرة ونسب ، ويلزم الزوجين بواجبات متقابلة ، ولهذا كانت نتائجه كالآتي .

أولًا : إن عقد الزواج لا يتعدى شخصي الزوجين إلى ما لِهما إطلاقًا ؛ فلا علاقة للزوجة بمال زوجها غير واجب نفقة وتربية الأولاد فهي في مال الزوج [3] . ولا علاقة

---

(1) انظر : البنود من 1387 إلى 1398 في الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 2 : 5 .

(2) يقول الدردير : « وهو أي عقد النكاح في عرف الشرع عقد لحل تمتع وانتفاع وتلذذ بأنثى » . الشرح الصغير جـ 2 ص 75 . وقصده من قوله أمام الناس : توافر معنى العلانية والشهرة بين الناس ، لاستبعاد نكاح السر . وقد جاء تعريف عقد الزواج في المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الكويتي الصادر عام 1984 بأنه « عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا ، غايته السكن والإحصان وقوة الأمة » .

(3) اتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة ، والكسوة لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ =

للزوج بمال زوجته إطلاقًا لأي سبب كان ؛ فلها أن تبيع وتشتري وترهن وتوكل من تشاء لما تشاء بلا معارضة من الزوج إلا في حدود القانون العام من إسراف وتبذير أو سفه مثلًا ، وفي الهبة والعطايا ليس للزوجة أن تزيد عن ثلث مالها إلا بإذن زوجها (مذهب مالك) لأن مالها ملحوظ فيه أن يكون لأبنائها والأب وليهم .

ثانيًا : إن عقد الزواج واحد في جميع صوره وأشكاله وهو عقد ككل العقود ؛ وينصرف عند الإطلاق إلى أن الزوج هو الذي يملك حل العصمة فقط ، إلا إذا ظلم أو تعدى فللقاضي التطليق عليه عند امتناعه ، كما إذا أساء عشرته معها أو امتنع من الإنفاق عليها ، وطلبت الطلاق منه فامتنع ، ورفعت أمرها للقاضي ، وثبت لديه ما تدعيه أمره القاضي بالطلاق وإلا طلق عليه .

وللزوجة أن تغير هذا العرف العام فتشترط أن تكون عصمتها بيدها فلها ذلك . وحينئذ لها أن تطلق نفسها متى شاءت لسبب ولغير سبب .

فليس للزواج إذن دخل ما في مالية الزوجة ولا في أهليتها ، فهي كاملة الأهلية في التصرف قبل الزواج أو بعده بلا فارق إطلاقًا .

ومهما كانت الزوجة غنية فليس عليها أن تساهم في نفقات البيت ولا في نفقات الأولاد . فإن كان الزوج فقيرًا وكان له منها أولاد واحتاجوا للإنفاق للحياة أو التعليم وجب عليها أن تنفق من مالها ، على أن ترجع على الزوج متى أيسر كما سبق ذلك في النفقات ، فارجع إليه إن شئت .

والمهر ما يدفعه الزوج لزوجته قبل الزواج أو بسببه ، أو ما يدفعه أقاربها أو أقاربه لها من هدايا أو (نقوط) ، وهو ملك خالص للزوجة لا شأن للزوج به ككل أملاكها ، والمهر قابل للتملك وقابل للسقوط بمضي المدة ككل الحقوق المدنية [1] .

= ﴿وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة آية 233) ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : « ولهن عليكم رزقهن ، وكسوتهن بالمعروف » ، ولقوله لهند : « خذي ما يكفيك ، وولدك بالمعروف » فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها على الزوج . بداية المجتهد (79/2) .

(1) الصداق ، ويسمى مهرًا ، وهو ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها ، والاتفاق على إسقاطه مفسد للعقد (في المذهب المالكي) ويشترط فيه شروط الثمن من كونه متمولًا ، طاهرًا ، منتفعًا به ، مقدورًا على تسليمه ، معلومًا . الشرح الصغير (97/2) .

وقد تنبه علماء القانون المدني الألماني وهو أحدث القوانين المدنية فأخذوا بنظرية التشريع الإسلامي ، فالنظام العام عندهم بدون شركة . ولكن هل للزوج الحق في مد يده للإدارة أو في أخذ نفقة منه كما ينفق هو ؟ أظن نعم له ذلك ، فليراجع .

وهذه هي حرية المرأة في القوانين الوضعية ، فإنها ولا شك قبل الزواج كانت متمتعة بكامل حرية التصرف وأهليتها كاملة ، ومتى تزوجت فقدت أهليتها وخضعت لزوجها ، بل وساهمت في نفقات المنزل والأولاد ؛ فأين هذا من التشريع الإسلامي السمح الحر ، الذي ساوى بين المرأة والرجل ، وحفظ للمرأة كامل حريتها في التصرف في مالها .

وقد وضعت قوانين لكسب المرأة وجعلت أجرتها تحت تصرفها فقط ، فأعدوها طفرة لما ظفرت به المرأة من حرية التصرف فيها ، وسيرجعون للتشريع الإسلامي على مدى الأيام والدهور ؛ فهو من حكيم حميد يعلم مصلحة العالم ويهديهم الصراط السوي المستقيم ، ولله في خلقه شئون فهو المتصرف المطلق ﴿ وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ ٱلنَّاسَ أُمَّةً وَٰحِدَةً ﴾ [1] .

بند [99] قاعدة حرية التعاقد الخاص بأموال الزوجين

القانون الفرنسي :

القاعدة : إن القانون لا يتحكم في شركة الزوجية فيما يختص بأملاك الزوجين إلا إذا لم يكن بينهما اتفاق خاص رأوه ملائمًا لهما ، والقانون لم يخلق شيئًا خاصًا بل طبق القاعدة العامة في العقود بين الزوجين وهي : أن الاتفاقات تأخذ مكان القانون بين المتعاقدين .

وينتج من هذه القاعدة العامة ما يأتي :

أولًا : يمكن للزوجين اختيار نظام ترتيب أموالهما بكامل الحرية .

ثانيًا : يمكنهما اختيار نظام من النظم الأربعة فقط تاركين التفصيل للقواعد التي وضعها القانون لكل نظام أو اختيار نظام وتغيير شروطه حسب إرادتهما .

ثالثًا : يمكنهما اختيار نظام لأموالهما مركب من هذه النظم الأربعة ، كاشتراط

---

(1) سورة هود الآية : 118 .

عدم قابلية أملاك الزوجة للتمليك ، ولو بمضي المدة في نظام فصل أملاك الزوجين أو الشركة الزوجية .

تقييد حرية الطرفين في التعاقد : لا يجوز للطرفين المتعاقدين التعدي أو المساس بالنظام العام ولا بالآداب ، ولا يجوز اشتراط ما يناقض حقوق الزوجين المترتبة على عقد الزواج كعدم المبيت مع الزوج ، أو عدم أهلية المرأة حتى مع إذن الزوج مثلًا ، ولا الحد من سلطة الأب على أولاده بأي شكل حتى في اختيار دينهم وتعليمهم ، ولا حق الوصاية لأحد الزوجين بعد وفاة الآخر ، ولا تحديد سلطة الزوج كرئيس لشركة الزوجية ، ولا تغيير نظام الميراث سواء بين الزوجين أو من أولادهما . ولا يجوز للزوجين اختيار قواعد العادات القديمة التي ألغيت بعد عمل القانون الفرنسي المدني ، لكن لهما إدخال شروط في العقد على أنها إرادتهما في أي نظام من النظم .

وقد منع القانون الزوجة أن تتنازل عن أي حق من حقوقها الخاصة بأجرة عملها المنصوص عليها في قانون سنة 1907 سواء في عقد ترتيب الأموال أو في عقد خاص ، وليس لها أن تغير في أهليتها للتعاقد أو عدم أهليتها ؛ لأنها من النظام العام وقد رتبها القانون .

ولا يمكن تحديد نظام ترتيب الأموال بمدة معينة ، أو اشتراط الانتقال من نظام إلى نظام في المستقبل بعد تحديد عقد الزواج .

قاعدة عدم جواز تغيير نظام أموال الزوجين :

الاتفاقات المنظمة لأموال الزوجين يجب تحريرها قبل الزواج . وبعد إتمام الزواج لا يجوز تغيير ولا تبديل أي شيء في هذه الاتفاقات حتى ولو برضا الطرفين المتعاقدين . هذه القاعدة خالفت النظام العام للعقود من أن من عقد عقدًا جاز له تغييره وتبديله بل وإلغاؤه ما دام الطرفان متفقين على ذلك .

وإنما منع القانون التغيير والتبديل ؛ لأنه في مصلحة الزوجين . فلو أن باب التعديل جاز لعمل كل منهما على حمل الآخر على تنفيذ رغباته ، فيحصل نزاع عائلي لا يجعل المعيشة الزوجية سهلة التحمل ، فسّد الباب حسمًا للنزاع المستقبل ، ولو أبيح التغيير والتبديل لضاعت مصلحة الغير المتعامل مع الزوجين ؛ لأن هناك فرقًا كبيرًا في التعامل مع الغير في مختلف نظم الزوجية ، فحفظًا لحقوق الغير من الضرر المحقق جعل العقد ثابتًا لا يجوز تغييره بأي حال . وينتج عن هذه القاعدة :

أولًا : لا يجوز للزوجين ترك نظام أموالهما الذي عمل قبل الزواج لوضع نظام آخر مكانه .

ثانيًا : لا يمكنهما تغيير نتيجة وضعها القانون لحكم ترتب على النظام المتخذ منهما قبل الزواج ولا تغيير شرط وضعه القانون للنظام الذي ارتضوه لهما .

ومبالغة في عدم الإخلال بهذه القاعدة منع القانون الزوجين المطلقين متى أرادا الرجوع لبعضهما من اتخاذ نظام آخر لأملاكهما غير النظام الأول في زواجهما الأول خوفًا من التوصل بالطلاق ثم الزواج إلى تغيير نظامها الأول .

وكل شرط أو تغيير يخالف هذه القاعدة يعتبر باطلًا بطلانًا عامًّا ؛ لأنها من الحقوق العامة ، ولكل شخص ذي منفعة أن يدعيه .

ويستثنى من هذه القاعدة الغير ؛ فإن أعطى الغير شيئًا للزوجين أو لأحدهما بعد أن وضعا نظام أملاكهما جاز له اشتراط ما يشاء في عطيته ، ولو خالف ذلك نظام أملاكهما المذكور .

ويستثنى من عدم جواز تغيير نظام أموال الزوجين بعد تحريره ما يأتي :

تحرير عقد نظام أموال الزوجين قبل إتمام الزواج كالوصية حال الحياة يجوز إدخال تغيير وتبديل فيه . ولكن متى أعلن الزواج - يعني تم - فلا يجوز أي تغيير ولا تبديل مهما كانت الدواعي والظروف . ويشترط لصحة التغيير شرطان :

الأول في الشكل :

يشترط أن يكون التغيير أمام مسجل العقود في عقد مسجل كالعقد الأصلي ، فيلزم حضور ورضاء أطراف العقد الذين حضروا وتمموا العقد الأول ، ويكون حضورهم في وقت واحد لإحداث التغيير .

ويشترط لمعارضة هذا التغيير للغير شرطان :

(1) يجب أن يكون محررًا تبعًا لأصل العقد في السجل ليكون معه عقدًا واحدًا .

(2) على مسجل العقود عند تسليم صورة من عقد ترتيب الأموال أن ينقل معه التغيير الذي تم .

فإذا أهمل مسجل العقود هذين الشرطين فلا يعارض الغير بهذه الزيادة أو التغيير ،

لكن هذا يجعل مسجل العقود مسئولا قبل الزوجين عما لحقهما فيحكم عليه بالتعويض عن الضرر المذكور .

قاعدة علانية عقد ترتيب أموال الزوجين :

عقد ترتيب أموال الزوجين يجب أن يكون علنًا ومحررًا بمعرفة مسجل العقود المدنية .

وبما أن هذا العقد هام جدًّا حيث يضع مصلحة الزوجين إلى الأبد في نظام لا يغير ، لذلك وجب وجود شخص ملم بالقانون ، له خبرة بالأعمال ، وهو مسجل العقود بجوار المتعاقدين . وليس بلازم حضور الخطيبين بشخصيهما فيجوز لهما أو لأحدهما توكيل الغير في الحضور عنهما بتوكيل رسمي خاص منصوص فيه على شروط عقد ترتيب الأموال وما يراد إدخاله في العقد .

قاعدة إشهار عقد ترتيب أموال الزوجين :

علم مما سبق خطورة هذا العقد وما يترتب عليه من تصرف الزوج وعدم أهلية الزوجة ، فقد رأى القانون إشهار هذا العقد ليعلم الناس على أي نظام حصل الزواج لتكون معاملتهم قائمة على أساس صحيح .

ولأجل إشهار هذا العقد يجب :

أولًا : على مسجل العقود تسليم الطرفين وقت إمضاء عقد ترتيب أموال الزوجين شهادة تتضمن اسمه ، ومحل إقامته ، وأسماء ومحل إقامة وصناعة الزوجين ، وتاريخ هذا العقد . ومذكور بهذه الشهادة أنه يجب تقديمها إلى موظف الأحوال الشخصية قبل إعلان الزواج .

ثانيًا : على الزوجين تسليم الشهادة المسلمة لهما من مسجل العقود الذي سجل لهما عقد ترتيب أموالهما ، فإن لم يعملا عقدًا بذلك وجب عليهما إجابة موظف الأحوال الشخصية عند سؤاله عن ذلك بالنفي الصريح .

ثالثًا : على موظف الأحوال الشخصية أن يسأل الزوجين أومن له حق إجازة زواجهما : هل عملا عقدًا لتنظيم أموالهما ؟ وعليه أن يسجل الجواب في إشهاد الزواج نفيًا أو إثباتًا مع ذكر التاريخ ، واسم من سجله ، ومكانه إلخ من غير تعرض إلى نوع النظام الذي اختاره الزوجان في عقدهما .

فإن أراد أحد معاملة زوجين فعليه طلب مستخرج رسمي من عقد زواجهما . فإن لم يكن به أنهما حررا عقدًا لترتيب أملاكهما عرف يقينًا أنهما على نظام الشركة في الأموال . وإن رأى فيه عقدًا ذهب لمسجل العقود المدني . وربما لم يعرف منه شيئًا فعليهما تقديم مساعدتهما لمعرفة نوع نظام زواجهما .

فإن أخطأ مسجل العقود في واجبه أو موظف الأحوال الشخصية فيجوز لمن لحقه ضرر أن يطلب التعويض علاوة على محاكمتهما جنائيًا .

في ألمانيا وسويسرا أنشئت أقلام في كل قسم مدني بها سجلات لتسجيل شروط عقد ترتيب أموال الزوجين . فإن أراد الزوجان معارضة الغير بشروطهما وجب عليهما تسجيل هذه الشروط بالسجل المذكور ، وهو مُبَاحٌ لكل شخص يطلب منه صورة عن أي شروط [1] .

بند [100] نظم الزواج

التشريع الإسلامي : كل هذه النظم ليس لها وجود في التشريع الإسلامي ؛ لأن الزواج فيه مبني على الانفصال التام في مال الزوجين [2] ، فاضطر التشريع الوضعي لهذه الشروط والأحكام والنظم تنسيقًا لأحكام الزواج الأربعة السابقة ، فلا مقارنة .

بند [101] قواعد خاصة بأهلية القاصر

القانون الفرنسي : القاصر الذي يملك أن يتزوج أهل لعمل عقد ترتيب أملاكه مع خطيبته ولقبول كل الشروط الخاصة بذلك ، ولقبول الهبات التي يشملها العقد المذكور بشرط حضور الأشخاص الذين يكون رضاهم في عقد الزواج ضروريًا .

وهذه القاعدة مستثناة من القواعد العامة في ثلاثة مواضع :

أولًا : في الأعمال القانونية دائمًا القاصر ممثَّلٌ بمن ينوب عنه ، وهو وصيه ؛ فلا يحضر بشخصه ولا يباشر أي عمل فيها خصوصًا الذي لم ترفع عنه الوصاية . بخلاف عقد ترتيب أملاك الزوجية فيحضر شخصيًا ، وهو الذي له الصفة الأولى في هذا العقد ، ولكن بحضور من يؤخذ رأيهم في الزواج ؛ لأن عقد ترتيب

---

(1) انظر : البنود من 1387 إلى 1398 في الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 2 : 5 .

(2) لقوله تعالى : ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ ﴾ . سورة النساء آية : 32 .

الأموال تابع لعقد الزواج وهو الذي يتولاه أصالة .

ثانيًا : عقد ترتيب أموال الزوجين عقد خاص بالمالية ، وكان الواجب يقضي بحضور الوصي الذي له الإشراف والإدارة لأموال القاصر ، ولكن القانون جعل حضور من لهم الإذن في الزواج فقط هو الشرط الأساسي في صحة عقد ترتيب الأموال الذي يباشره القاصر خوفًا من تعنت الوصي أو تحكمه فيما لا يوافق أقارب الزوج . وإن كان الغالب أن الوصي أو الولي دائمًا هو من له حق الإذن في الزواج ، ولكن قد يكون غيره .

ثالثًا : ليس للقاصر في الحقوق العامة أن يهب للغير من أملاكه شيئًا ، ولكن يجوز للقاصر في عقد ترتيب أموال الزوجين أن يهب لزوجته ما يراه تسهيلًا للزواج .

شروط أهلية القاصر :

يشترط في أهلية القاصر لصحة عقد ترتيب أمواله مع خطيبته شرطان :

أولًا : أن يكون أهلًا لعقد زواجه .

ثانيًا : حضور بعض أشخاص يكون حضورهم في الزواج ضروريًّا قانونًا ، ويجب قبولهم أيضًا شروط العقد فمجرد الحضور لا يكفي ، ويجوز إنابة شخص يمثلهم بتوكيل رسمي خاص يكون منصوصًا فيه على ما يمكن قبوله من شروط العقد .

إلغاء عقد ترتيب أملاك الزوجين :

متى غاب شرط من شروط الشكل كعمل العقد عرفًا دون حضور مسجل العقود فيعتبر العقد غير موجود ، ويلغى العقد إن أصابه نقص في إرادة المتعاقدين أو حصل فيه غش ، أو خطأ ، أو تأثير بإكراه ، أو عدم أهلية أحد الطرفين .

واختلف العلماء في الإلغاء هل هو إلغاء عام أو إلغاء خاص ، ويترتب على كلٍّ حكمه ، ونتيجة الإلغاء هي اعتبار العقد كأن لم يكن ، واعتبار الزوجين متزوجين على الشركة القانونية وهو القانون العام [1] .

---

(1) انظر البند 1398 في الباب الأول من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ، ص 5 .

بند [102] أهلية القاصر في الزواج

التشريع الإسلامي : تقدم في أهلية المتعاقدين أن عقود القاصر صحيحة في ذاتها موقوفة على إجازة وليه [1] ، فإن رأى الولي أو الوصي المصلحة للقاصر في إجازة عقوده أجازها ، وإن رأى غير ذلك رفضها .

وزواج القاصر داخل في عقوده ؛ لأنه عقد فيه مال وهو المهر الذي يدفعه لزوجه ؛ فهو خاضع لرقابة وصي القاصر أو وليه .

بند [103] الشركة الزوجية القانونية

القانون الفرنسي :

نظرة أولية : الشركة الزوجية القانونية هي التي تقسم أملاك الزوجين ثلاثة أقسام مختلفة : قسم عام مشترك بينهما على السواء في ملكيته مدة الزواج والذي يقسم بينهما مناصفة عند نهاية الزواج ، وقسم خاص للزوج ، وقسم خاص للزوجة .

تغيير قانوني حصل بق سنة 1907 أوجد هذا القانون مالًا رابعًا ينتج من أجر عمل الزوجة فلها عليه الإدارة لصالح النفقات العائلية ، وللزوج إدارة الثلاثة الباقية كرئيس للشركة .

شركة الأموال الزوجية تكون قانونية واتفاقية . فهي قانونية عند عدم وجود عقد بين الزوجين عُمِل قبل الزواج لترتيب أموالهما ، واتفاقية عند جعل أساس ترتيب أموالهما الشركة الزوجية ، ولكنهما أدخلا بعض شروط وقيود وتخصيص في العقد عليها فهي شركة في الأموال اتفاقية .

طبيعة شركة أموال الزوجية القانونية :

تعتبر هذه الشركة في نظر القانون :

أولًا : أن هذه الشركة تكون نوعًا من الشركات المدنية ؛ لأن فيها أموالًا وضعت شركة وربحًا وإيراد عملٍ للمستقبل وللاقتصاد والتوفير . وتقسم أموالها عند حلها ، ولكن لها أحكام خاصة بها لا تعم الشركات العادية ، وهي :

---

(1) قاعدة : عقود القاصر صحيحة في ذاتها موقوفة على إجازة وليه .

1 - أن الشركة بالمعنى الحقيقي غايتها تحصيل ربح مالي بخلاف شركة أموال الزوجين فهي اتفاق ضيق لجمع أموالهما كما جمع الزواج شخصيهما بقصد سد احتياجات العائلة .

2 - في الشركة العادية يحدد الطرفان الإدارة والتصرف بحرية تامة ، بخلاف الشركة في أموال الزوجية فإن القانون فرض رئيسًا وهو الزوج وحدد سلطته مقدمًا .

3 - في الشركة الاعتيادية يحدد الشركاء متى تبتدئ ومتى تنتهي الشركة ، بخلاف الشركة الزوجية فإن القانون حددها بشكل حتمي .

4 - في الشركات الاعتيادية ليس للشركاء إدخال ما يؤول إليهم من ميراث أو هبة في رأس مال الشركة ، ولا اشتراط جميع الربح لشخص واحد ، ولا إعفاء حصة من الخسارة العائدة على الشركة ، بخلاف شركة أموال الزوجين ؛ فإن المنقول الذي يملكه الزوجان حال الزواج يدخل في الشركة ، ويمكن شرط ترك الشركة كلها لأحد الزوجين مستقبلًا ، كما يجوز للزوجة اشتراط أخذ مالها بدون تحمل أي دين أو مسئولية مالية . كذلك أباح القانون للزوجة التنازل عن الشركة لكي لا تتحمل أي مسئولية مالية تعاقد عليها زوجها بصفته رئيسًا للشركة .

ثانيًا : أن هذه الشركة ليست شخصًا معنويًا ، وهل شركة أموال الزوجين تكون شخصًا معنويًا قانونيًا غير الزوجين أو هي أملاك غير مقسومة بين الشريكين بلا نظر لشخصية معنوية ، وهو الصحيح ؟ خلاف [1] .

بند [104] تكوين شركة مال الزوجية

أولًا - رأس مال الشركة :

(أ) المنقول :

القاعدة أنه يدخل في الشركة جميع المنقولات التي تكون ملكًا للزوجين وقت عقد الزواج [2] ، والمنقولات التي يملكها الزوجان مدة زواجهما . والمراد بالمنقول

(1) انظر : البندين 1399 ، 1400 من الباب الثاني ، من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 6 .

(2) قاعدة : يدخل في شركة مال الزوجين جميع المنقولات التي تكون ملكًا للزوجين وقت عقد الزواج .

هنا ما عدا العقار من أي نوع .

ويستثنى من هذه القاعدة المنقولات الآتية التي لا تدخل في شركة أموال الزوجين :

1 - الحقوق المتعلقة بالشخص ، تبقى الحقوق المتعلقة بالشخص إلى صاحبها ، وذلك كالمعاش من الخدمة أو كالنفقة أو المعاش مدى الحياة الذي لا يجوز الحجز عليه .

فما دامت الزوجية قائمة يدخل إيراد هذه المعاشات في شركة أموال الزوجية كإيراد مع بقاء ملكيتها لصاحبها خاصة ، بحيث إنه عند انحلال الشركة يأخذها صاحبها كاملة وحده فقط ولا تدخل في مجموع ما يقسم بين الزوجين ، ولكن يدخل في الشركة حقوق التأليف في أي فن .

2 - المنقولات التي وُهِبَت لأحد الزوجين من الغير بشرط عدم دخولها في شركة أموال الزوجية تبقى كما اشترط المعطي ملكًا خاصًّا لمن أُعْطِيتَ له وهو شرط جائز ؛ لأن عقد الزوجين لا يقيد الغير .

3 - المنقول الذي حل محل ملك أحد الزوجين الخاص يبقى خاصًّا ، ولا يدخل في شركة أموال الزوجين .

4 - المنقول الذي له صفة شخصية يبقى على ملك صاحبه ، كتذكار العائلة أو كتاب خط يد ليس مطبوعًا .

5 - التأمين على الحياة أو المعاش مدة الحياة المشترط دفعه إلى من يبقى حيًّا من الزوجين يعتبر منقولًا ، ولا يدخل في أموال الزوجين بل يبقى ملكًا خاصًّا لمن اشترط له .

(ب) العقار :

لأجل تحديد ملكية عقار الزوجين في شركة أموالهما تتبع القواعد الآتية :

أولًا : يبقى العقار الموجود وقت الزواج على ملك صاحبه ملكًا خاصًّا لكل واحد ، ولا يدخل في شركة أموالهما ، ويدخل في هذا العقار الذي كان على ملكية كل واحد منهما والذي كان واضعًا يده عليه وإن تملكه مدة الزواج ؛ لأن التملك بوضع اليد يرجع إلى الماضي .

ويلحق بهذا العقار أيضًا العقار الذي عادت ملكيته لأحد الزوجين في مدة

الزواج وكان مالكًا له قبل الزواج كبيع أُلْغِيَ لأي سبب ، أو كهبة استردت لنكران الجميل مثلًا .

ويستثنى من ذلك العقار المتمَلَّك بالشراء بعد عقد ترتيب أموال الزوجين . فإنه يدخل في شركة أموال الزوجية ، إلا إذا كان بين الزوجين شرط في هذا فينفذ ، ولا يدخل العقار الموهوب ولا المبادل به .

ثانيًا : يبقى على ملكية كل زوج العقارات المتملكة بسبب الميراث أو الهبة أو الوصية . فلو أُعطِي لهما عقار مشترك بينهما فإنه يدخل في أموال شركة أموال الزوجية .

ثالثًا : يدخل في شركة أموال الزوجية العقار المتملك بعوض مدة بقاء الزوجية ويسمى أموال الزوجين .

ويفرض القانون أن كل عقار تُمُلك بعد الزواج مِلْكٌ لشركة أموال الزوجين ، وعلى من يدعي غير ذلك واجب الإثبات أنه تملكه من ميراث أو هبة أو وصية مدة الزواج ، أو وضع يده قبل الزواج وأصبح مالكًا بعد الزواج بوضع يده ، أو عاد إلى ملكه بعد الزواج كفسخ بيع أو استرداد هبة ، وللقاضي كامل الحرية في تقدير ما يقدم إليه من الأدلة .

ويستثنى من هذه القاعدة ما يأتي فيبقى ملكًا خاصًا بالرغم من أنه عقار متملك بعوض مدة الزوجية :

1 - إصلاح العائلة وذلك في حالتين :

(1) أحد من له على الزوجين ولادة ، عليه دين له فأعطاه عقارًا نظير دينه الذي عليه .

(2) أو أعطى له عقارًا ليدفع عنه دينًا للغير .

ففي هاتين الحالتين يبقى العقار المعطى ممن له عليه ولادة ملكًا خاصًا بمن أعطي له بالرغم من أن شركة أموال الزوجية هي التي تحملت نقص دينه من رأس مالها أو تولت دفع دينه كذلك ، فقط يدفع تعويضًا لشركة أموال الزوجية نظير ذلك .

2 – **حالة البدل** : إذا أبدل أحد الزوجين عقارًا من ملكه الخاص بعقار آخر حل البدل مكان المبدل منه في أملاكه الخاصة ، وبقي ملكًا خالصًا له ، ولا يدخل في شركة أموال الزوجية . فإن دفع عن البدل عوضًا أو بعض عوض فيكون من

الشركة أو يدخل فيها نظير تعويض يدفع لها أو يؤخذ منها عن نهايتها . فإن كان الفرق عظيمًا اعتبر بيعًا ودخل العقار في شركة أموال الزوجية على النحو السابق .

حالة وضع العقار مكان العقار :

وهي عملية قانونية بها يشترى عقار بثمن عقار بيع ليوضع مكان الأول في أملاك أحد الزوجين الخاصة . وتحليلها القانوني هو وضع العقار مكان العقار حالة مركبة من ثلاثة أصول :

(1) بيع عقار خاص .

(2) تملك عقار بثمن العقار الخاص المبيع .

(3) استبدال العقار المشترى بالعقار المبيع فيأخذ مكانه في الملكية الخاصة .

وهذه الحالة هي والاستبدال سواء . غير أن الاستبدال هو وضع البدل مكان المبدل منه مباشرة وهذه الحالة غير مباشرة .

فإن عمل الزوج في أملاكه وضع العقار مكان العقار فيشترط :

أولًا : أن يذكر صراحة في عقد المشترى أن هذا العقار قد اشتراه بثمن عقاره الذي باعه أولًا .

ثانيًا : أن يذكر أن هذا العقار يأخذ مكان العقار الأول المبيع في أملاكه الخاصة. ويمكن أن يكون الوضع كذلك في المنقول كسندات دين الحكومة وسندات بلدية باريس . ونتيجة هذه العملية – متى كانت مستوفية شروطها – أن يأخذ الشيء المشترى بثمن الشيء المبيع مكان الشيء المبيع في الأملاك الخاصة .

وإن أراد وضع عقار مكان آخر في أملاك زوجته فليس ذلك بواجب عليه . ولكنه بصفته رئيسًا لشركة أموال الزوجية يجب عليه أن يعمل ما فيه المصلحة . فإن كان مشترطًا ذلك في عقد شركة الأملاك كان ذلك واجبًا على الزوج . فإن لم يفعل كان للزوجة الحق في مقاضاته وإلزامه قهرًا عنه بذلك .

ويشترط علاوة على الشرطين السابقين رضاء الزوجة بالعقار الذي اشتراه لها الزوج ليكون بدلًا عما باعه من أملاكها الخاصة رضاء صريحًا . ومدته إلى نهاية شركة أموال الزوجية . ومتى انحلت الشركة لا يحق لها القبول .

ملك أجزاء لا تنقسم :

هذا القسم يحتوي على موضوعين :

الأول : خاص بملكية أجزاء غير قابلة للقسمة لواحد من أحد الزوجين .

الثاني : خاص بتنازل عُمِل إلى الزوجة من استرجاع مبيع غير قابل للقسمة ،

فالأول كما إذا ورث أحد الزوجين حصة مع ورثة آخرين غير قابلة للقسمة فاشترى الجزء الآخر ودفع ثمنه من شركة مال الزوجية ، فتبقى هذهِ العين على ملكيته من أملاكه الخاصة نظير تعويض الشركة عما دفعته من الثمن .

والثانية كما إذا كانت الزوجة شريكة للغير في عقار غير قابل للقسمة ، فباع الغير نصيبه إلى الزوج فدفع ثمنه من شركة مال الزوجية ، فللزوجة الحق في أخذ العقار المذكور لحسابها فيكون من مالها الخاص مع دفع تعويض للشركة عن ثمن الجزء الذي كان مملوكًا للغير ودفع الزوج لشراء هذا الجزء من أموال الشركة .

وللزوجة الحق في ترك نصيبها مع الجزء المشترى ليكون ملكًا لشركة مال الزوجية نظير تعويض لها عن نصيبها المذكور تدفعه الشركة لها .

وحق الاختيار خاص بالزوجة أو بورثتها لا بدائنيها ، ولها حق الاختيار مدة ثلاثين سنة من تاريخ حَلِّ شركة أموال الزوجية ، فإن أخذت العقار لنفسها رجع الاختيار إلى الماضي من يوم المشترى فيبطل كل حق عيني رتبه الزوج على هذا العقار ، وإن تركته كان من أموال الشركة .

ثمار وإيراد وفوائد أموال الزوجين :

لشركة أموال الزوجية حق التمتع على أموال الزوجين الخاصة ؛ فيدخل فيها كل الثمار والإيراد والفوائد والأقساط أيًا كان نوعها وطبيعتها التي تستغل من أملاك الزوجين الخاصة . وتسري قواعد حق التمتع العامة على تمتع شركة أموال الزوجية ، فتُمْلَك الثمرات المدنية يومًا فيومًا والثمرات الطبيعية والصناعية بالقبض ، والمنقول الذي يستهلك بالاستعمال يكون ملكًا لشركة أموال الزوجية بشرط تعويض بدله لمالكه .

وتسري القواعد الخاصة الآتية على شركة أموال الزوجية :

أولًا : من جهة التزامات المنتفع : ففي التمتع العادي بالثمرة يلزم عمل حصر

وبيان للأعيان المتمتع بها ودفع ضمان ؛ ولكن في تمتع شركة أموال الزوجية لا يعمل حصر ولا يدفع ضمان .

ثانيًا : من جهة طبيعة حق الانتفاع : ففي التمتع العادي يجوز للمتمتع رهن حق التمتع ، ويجوز الحجز عليه ، ويصح انقطاع هذا الحق . ولكن حق التمتع لشركة أموال الزوجية غير قابل للانقطاع ولا للحجز ولا للرهن لتغلب صفة الشخصية عليه .

ثالثًا : شركة أموال الزوجية لها حق التعويض عن الثمار التي لم تكن قبضتها ، وكانت مستحقة قبضها قبل حلها ، بخلاف المتمتع العادي فليس له هذا الحق .

رابعًا : المتمتع العادي ليس له حق التعويض في الإصلاحات التي عملها مدة تمتعه بخلاف شركة أموال الزوجية فلها تعويض على هذه الإصلاحات .

إنتاج العمل :

يدخل إنتاج العمل في شركة أموال الزوجين سواء من الزوج أو من الزوجة على السواء ، ولم يدخل قانون سنة 1907 عليه أي تغيير [1] .

بند [105] ديون شركة أموال الزوجين

القانون الفرنسي :

ملاحظات : يلزم أولًا معرفة الفرق بين التزامات الديون وتقسيم الديون .

فالأول : معرفة مدى سلطة الدائن في الدعاوى ضد المدين أو أي ملك يصح الحجز عليه لاستيفاء حقه . وهذا بين الدائنين والمدينين .

والثاني : يُفْرَضُ وجود تعدد المدينين وماذا يخص كل واحد منهم في هذه الديون . وهذا يكون بين المدينين ولا علاقة له بالدائنين .

ملاحظات أساسية :

يلزم ملاحظة القواعد الأساسية الآتية :

أولًا : بما أن الشركة لأموال الزوجين ليست شخصًا معنويًّا لها شخصية

---

(1) انظر : البنود من 1401 إلى 1408 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 6 : 8 .

قانونية ، فإن التزاماتها تنتج من تعاقد الزوج أو الزوجة أو هما معًا .

ثانيًا : أحد الزوجين الذي تعاقد ودخل ما التزم به في أموال شركة الزوجية يبقى مسئولًا شخصيًّا عن تعاقده . فقط قد أضاف ضامنًا معه قِبَلَ الدائن ، وهي أموال شركة الزوجية .

ثالثًا : التزامات الزوج التزام لشركة أموال الزوجية ؛ فكل دين على الزوج يجوز لدائنه حجز أموال شركة الزوجية ، حيث إن أموال الزوج تختلط نوعًا بأموال الشركة ، ويقال العكس كذلك وهو كل التزام لشركة أموال الزوجية التزام للزوج أيضًا .

رابعًا : لإرجاع الديون إلى الزوج أو إلى الزوجة أو إلى الشركة يجب تمييز ثلاثة أنواع من الديون كما يأتي .

1 - الديون الخاصة بشركة أموال الزوجية : هي ما كانت ملزمة بها خاصة من التزام الديون وتقسيمها .

2 - الديون غير الخاصة بشركة أموال الزوجية : هي ما كانت ملزمة لشركة أموال الزوجية من جهة الالتزام لا من جهة تقسيمها ، بشرط تعويض شركة أموال الزوجين من أموال المدين متى دفعت الشركة الدين عنه .

3 - الديون الخاصة بأحد الزوجين : وهي ما كانت ملزمة له خاصة من التزام الديون وتقسيمها .

ترتيب الديون :

(أ) الديون السابقة على الزواج :

قواعد عامة : الديون المنقولة تدخل في شركة أموال الزوجية ، والديون العقارية تبقى خاصة لصاحبها من الزوجين . بمعنى أن كل دين منقول حصل مدة الزوجية يدخل في أموال الشركة ، حيث يذهب الإيراد المنقول يذهب المنصرف المنقول ، وبالعكس يبقى الدين العقاري الحاصل في مدة الزوجية خاصًّا تابعًا لأصله . ويستثنى من ذلك :

1 - متى كان الدين السابق على الزواج خاصًّا بعقار خاص بأحد الزوجين ، ودفعته شركة أموال الزوجية ، وجب تعويض الشركة عن هذا الدين المدفوع ؛ لأنه لو ترك لأثرى على حساب الغير وهو غير جائز .

2 - دين الزوجة المنقول قبل الزواج لا يدخل في أموال الشركة إلا إذا كان في إشهاد رسمي ، أو في عمل ثابت التاريخ ، أو بكتاب عرفي مات أحد شهوده ، أو ذكر في عمل رسمي .

فإن كان دينها قبل زواجها غير ثابت التاريخ فليس لدائنها رفع دعوى ضد أموال شركة الزوجية . فإن كان لها أموال خاصة حجز عليها ؛ لأن تعاقدها قبل الزواج صحيح بدون إذن أحد حيث لا زواج ، كما يجوز حجز أموالها الخاصة التي لها فيها التصرف حسب قانون سنة 1907 .

3 - ديون ناتجة من ميراث أو من هبة : تفرض الحوادث أنه يمكن أن يتلقى الزوجان ميراثًا أو هبة مثقلة بالديون مدة قيام الزوجية ، فمن يتحمل دفع هذه الديون من الأموال الثلاثة ؟

ويلاحظ أن الموهوب له ليس ملزمًا بدفع دين الواهب ؛ لأنه يتملك العين الموهوبة بعنوان خاص إلا أنه يلزمه دفع الدين في موضعين :

أولًا : متى اشترط الواهب دفع الدين الذي عليه من الموهوب له ، وعمل بذلك بيانًا أرفقه بإشهاد الهبة .

ثانيًا : متى كانت الهبة لأملاك مستقبلة ، فهي هبة بعنوان عام فيجب دفع دين الواهب .

ويلاحظ أيضًا في الميراث معرفة حال الوارث هل حاز التركة كلها أو بعضها بعنوان وارث أو موصى له عمومًا أو بعنوان عام مع ملاحظة أن الوارث لا يلزمه دفع دين مورثه إلا إذا قبل الميراث بدون قيد ولا شرط ؛ فيجوز لدائني المورث مقاضاته بديونهم والحجز على أملاكه الحاضرة والمستقبلة ، وهذا هو موضوع السؤال : من يتحمل دفع الدين من الأملاك الثلاثة ؟ فإن قبل الميراث بشرط الحصر فلا يكون للدائنين للمورث الحقُّ في تعدي ضمان ديونهم المحدود بأموال المورث .

تخصيص الدين :

القاعدة العامة في ذلك أن شركة أموال الزوجية تتحمل من دين الميراث مقدار ما تنتفع به من ربح من ذلك الميراث ، بمعنى أن الغرم قدر الغنم . ولتطبيق هذا المبدأ يُنْظَر إلى الميراث :

أولًا : إن كان عقارًا فقط فشركة أموال الزوجية لا تأخذ شيئًا من رأس مال هذا الميراث ؛ لأنه يبقى ملكًا خاصًا لوارثه فلا تدفع الشركة شيئًا ، فإن دفعت فلها تعويض قِبَلَ الوارث نظير ما دفعت له .

ثانيًا : إذا كان منقولًا فقط دخل في شركة أموال الزوجية فعلى الشركة دفع الدين ؛ لأنها أخذت رأس المال ، فعليها مقدار ما أخذت .

ثالثًا : إذا كان مركبًا من عقار ومنقول وجب تقويمها ، ومعرفة نسبة المنقول إلى العقار : الثلث أو الربع أو النصف مثلًا ، وبما أن العقار لا يدخل في رأس مال شركة الزوجية فعلى الشركة دفع الدين بهذه النسبة لما خص المنقول دون العقار ، فلا تتحمل الشركة من دينه شيئًا ؛ لأنه لا يدخل فيها ولا تنتفع منه حيث يبقى ملكًا خاصًا لوارثه .

وعلى الزوج عمل محضر حصر وجودٍ للميراث بصفته رئيس الشركة أو وارث أو مدير أموال الزوجة ، فإن لم يعمل حصرًا فللمرأة إثبات المنقول الذي تدعيه بكافة أنواع الإثبات حتى بالإشاعة [والشهرة] . وليس للزوج إلا طريق الحصر أو القسمة مع بقية الورثة من طرق الإثبات .

التزامات الدين :

يلاحظ أولًا أن دائني المورث لهم الحق في حجز وبيع أعيان التركة الموروثة لاستيفاء ديونهم ، لأنها ضمان لديونهم .

ولمعرفة التزامات الدين الواجب على التركة يجب معرفة التفصيل الآتي :

أولًا : الميراث عقار : فإن كان الزوج هو الوارث فكل دين عليه يكون دينا على شركة أموال الزوجية ؛ فدائنو التركة يمكنهم الحجز على أملاكه الخاصة وعلى أموال الشركة ما عدا أموال الزوجة المستثناة بقانون سنة 1907 .

وإن كانت الزوجة هي الوارثة وقبلت الميراث بإذن زوجها فليس للدائنين الحق في حجز أموال الزوج الخاصة ولا أموال شركة الزوجية ، وإنما لهم الحجز على أموال الزوجة الخاصة وعلى حق التمتع على أملاكها المخول لشركة أموال الزوجية .

وإن كانت الزوجة هي الوارثة وقبلت الميراث بإذن القضاء فلدائني التركة الحجز على ملك الزوجة الشخصي بدون تعرض لحق التمتع الخاص بشركة أموال الزوجية .

ثانيًا : الميراث منقول : فإن كان الزوج هو الوارث فتسري قاعدة العقار السابقة . وإن كانت الزوجة هي الوارثة فلدائني التركة الحجز على أموال الزوج والزوجة الخاصين ، وأموال الشركة وأموال الزوجة الناتجة عن قانون سنة 1907 متى كان قبولها بإذن زوجها . فإن قبلت بإذن القضاء فتحجز أموالها الخاصة وما ورثت وما نتج عن قانون سنة 1907 .

ثالثًا : العقار والمنقول كان ميراثًا ، يرجع كل قسم إلى التفصيل السابق .

(ب) الديون المتعاقد عليها الزوجان مدة وجود الزواج :

تجب التفرقة بين التزامات الديون وتقسيمها .

التزامات الديون :

القاعدة الأساسية العامة أن تعاقد الزوج الصادر عن شخصه أياً كان نوع هذا التعاقد (عقد - شبه عقد - جنحة - شبه جنحة - قانون) ملزم لشركة أموال الزوجية وأمواله الخاصة قِبَلَ الغير ؛ لأن الزوج رئيس الشركة . وليس لهذه القاعدة استثناء . وتنحصر مسئولية الزوج في أمواله الخاصة وفي أموال شركة الزوجية فقط فلا تشمل أموال الزوجة المحفوظة لها بموجب قانون سنة 1907 إلا إذا كانت المديونية بسبب مواد لازمة للمعيشة الزوجية فيصح إِذَنْ الحجزُ على مال الزوجة المحفوظ لها بتعاقد الزوج .

تخصيص الديون :

إن كل دين على الزوج يلزم شركة أموال الزوجية . ومتى دفعه الزوج من الشركة فليس للشركة عليه تعويض من ماله الخاص عند انحلالها . فقط يجب عليه أن يعوضها في موضعين :

أولًا : إذا كانت المديونية التي تعاقدها مع الغير زادت في أملاكه الخاصة على حساب شركة أموال الزوجية فيجب عليه تعويضها نظير ذلك كتعاقده مع من أصلح أملاكه التي زاد استغلالها ، وقد دفع الأجر من مال الشركة .

ثانيًا : إذا حكم على الزوج بعقاب مالي (غرامة) ودفعها من أموال شركة الزوجية فيجب على الزوج تعويض الشركة عما دفع ؛ لأن العقاب القانوني شخصي فلا يدفعه عنه غيره . لكن مصاريف الدعاوى والتعويضات المدنية لو

دفعها من أموال الشركة فلا يلزمه لها أي تعويض .

ويمكن للزوج إضاعة شركة أموال الزوجية في أعمال خاسرة حسب ما يرى ، بدون أن يكون للزوجة أي حق عليه تأخذه من ماله الخاص .

الدين الذي تعاقدته الزوجة : يلزم اتباع القاعدة التي نُصَّ عليها في تخصيص الديون بالنسبة للزوج ، لكن التزام دينها فيه تفصيل .

أولًا : الزوجة تتعاقد كنائب عن زوجها : يجوز للزوجة أن تتصرف كوكيل عن زوجها بوكالة صريحة عامة أو خاصة ، أو بوكالة ضمنية كتصرفها في مشترى لوازم المعيشة الزوجية الضرورية والمصروفات الدائمة . وهذه الوكالة الضمنية تبقى ما بقي الزواج ، ولو انفصل الزوجان ماليًا ، ولو كان الزوج غائبًا .

ونتيجة تصرفها كوكيل ملزمة لزوجها فهي تتعاقد باسمه هو فلا تلتزم بشيء ؛ فتلزم شركة أموال الزوجية ، وتلزم زوجها بما تعاقدت عليه . فإن استفادت من تعاقدها لأموالها الخاصة فللدائنين رفع الدعوى ضدها أيضًا بناء على قاعدة (الثراء بلا سبب) علاوة على أن ما حفظه لها قانون سنة 1907 يمكن حجزه ، ما دامت كانت متعاقدة لمصلحة العائلة .

ويجوز للزوج عزل زوجته من وكالتها الضمنية ، كما يجوز عزلها من وكالتها الصريحة ، بإعلان من تتعامل معهم بأنه لا يدفع دينها الذي تعاقدته . ولكنها قد تغير محال معاملاتها فيجهل الغير هذا العزل بنية حسنة فيجب على الزوج دفع دينها الذي تعاقدته بصفتها وكيلة ضمنًا ، حتى ولو أعلن بالجرائد السيارة فلا يعفيه هذا .

ثانيًا : الزوجة تعاقدت باسمها الشخصي : فإن أذنها زوجها في التعاقد بما التزمت به جاز للدائنين مقاضاتُها أو مع زوجها ، وحجزُ مال الزوج أو مال الشركة أو مالها الخاص أو جميع هذه الأموال بلا ترتيب ولا أفضلية .

وينتج عن مسئولية الزوج بحث طبيعة تعهده بما التزمت به زوجته التي أذنها بالتعاقد ، هل تعهده شخصي ؟ لأنه بإذنه لها قد تحمل التزاماتها عنها شخصيًا ، أو تعهده نتيجة لتعهدها ؛ لأن التزاماتها تُدْخِل أموالَ الزوجية في الضمان وهو رئيس الشركة فيدخل هو تبعًا لذلك . وهل مسئولية الزوج خاصة بتعاقد الزوجة فيما يختص بشركة أموال الزوجية ، أو تمتد إلى كل تعاقداتها حتى الشخصية منها ؟

خلاف بين العلماء .

فإن تعاقد الرجل وزوجته مع آخر اعتُبرا مدينين مجتمعين . بمعنى أن الدائن ليس له أن يطلب الزوجة بكل الدين بل بنصفه ، دون الرجل ؛ فللدائن طلب الكل منه ، وهو الذي جرى عليه العمل سابقًا ولاحقًا ولم ينص عليه في القانون المدني .

وإن تعاقد الزوجان متضامنين اعتبر كل واحد منهما مدينًا بكل الدين وصح طلبه منه جميعه شخصيًّا ، وتعتبر الزوجة ضامنة لا مدينة أصلية بمعنى أنها لو دفعت الدين كله من مالها الخاص رجعت على شركة أموال الزوجية بما دفعت ، إلا إذا أثبت الزوج أن التعاقد كان لمصلحتهما الشخصية .

فإن تعاقدت الزوجة بإذن القضاء فليس لدائنيها إلا الحجز على أموالها الخاصة التي لم تدخل شركة أموال الزوجية ؛ لأن رئيس الشركة لم يتعاقد ولم يأذن ولم يضمن ؛ فلا تلزم الشركة بشيء . ويستثنى من ذلك إذا تعاقدت المرأة لإنقاذ زوجها بدفع غُرْمه ، أو إخراجٍ له من السجن ، أو كان لزواجِ ولدٍ ، أو إيجاد عمل له ، وكان أبوه غائبًا فَيَلزَم الزوج بهذا التعاقد .

إذا حكم على الزوجة بغرامة أو بتعويض عن ضرر تسببت فيه فلا تلزم شركة أموال الزوجية بشيء ، بل عليها في أموالها الخاصة وما حفظ لها بقانون سنة 1907 . فإن أذن لها الزوج في الدفاع أمام المحكمة المدنية لزمه ولزم الشركة المصاريف القضائية .

فإن كانت الزوجة تاجرة والتزمت بما يلزم تجارتها فقد التزمت معها أربعة أقسام الأملاك : ملكها الخاص بقسميه ، وملك الزوج الخاص بأموال شركة الزوجية ؛ لأن اشتغال المرأة بالتجارة يجب فيه إذن الزوج فهو ضامن لما التزمت به ، ويمكن تلخيص هذه الأحوال في خمس حالات :

أولًا : التزامات تعاقد عليها الزوج غير مصلحة العائلة ، فللدائنين الحق في حجز أموال الزوج الخاصة وأموال شركة الزوجية وأملاك الزوجية حتى المحفوظ منها بقانون سنة 1907 .

ثانيًا : التزامات تعاقد عليها الزوج لغير مصلحة العائلة فللدائنين الحقُّ في حجز أموال الزوج الخاصة وأموال شركة الزوجية دون أملاك الزوجة الخاصة .

ثالثًا : التزامات تعاقدت عليها الزوجة بإذن زوجها ، فللدائنين الحق في حجز

أقسام الأملاك الأربعة للزوج والزوجة والشركة وما حفظ بقانون سنة 1907 .

رابعًا : التزامات تعاقدت عليها الزوجة بصفتها وكيلة صراحة أو ضمنًا عن زوجها وكانت هذه الالتزامات لصالح العائلة ، فللدائنين الحق في حجز أموال الزوج الخاصة وأموال شركة الزوجية وما حفظ للزوجة بقانون سنة 1907 دون أملاكها الخاصة .

خامسًا : التزامات تعاقدت عليها الزوجة بدون إذن ، فللدائن الحجز على أملاكها المحفوظة لها بقانون سنة 1907 فقط .

الديون التي يتحملها الزواج وديون حق التمتع :

الديون التي يتحملها الزواج تجب على شركة أموال الزوجية .

فالنفقة بأنواعها من أكل ، ومسكن ، وملبس ، ومصاريف تعليم ، وتربية أطفال ، وكل ما هو من لوازم الزواج تدفعها شركة أموال الزوجية من إيراد أملاك الزوجين التي دخلت في الشركة . أما ديون حق التمتع فهي ما وجبت على شركة أموال الزوجية نظير تمتعها بأملاكهم الخاصة لأحد الزوجين ، وذلك كالأقساط ، والمنفعة الواجبة للديون الشخصية ، وكالإصلاحات للعقار الذي بقي ملكًا خاصًا لأحد الزوجين نظير التمتع به .

إدارة شركة أموال الزوجية :

معلوم أن لكل من الزوجين أموالًا خاصة بكل منهما ، وأموالًا كونت شركة أموالهما ، ومالا للزوجة حفظه لها قانون سنة 1907 . فللزوج إدارة ماله ومالها الخاصَّين ومالِ الشركة ، وهي تدير أموالها المحفوظة لها بقانون سنة 1907 :

أولًا : إدارة الأملاك المشتركة :حق إدارة أملاك شركة الزوجية خاص بالزوج كرئيس لها ، وهو حق خوَّله له القانون ؛ فلا يجوز انتقاصه ولا إلغاؤه بشرط في عقد ترتيب أموال الزوجين .

ولتحديد سلطة الزوج في إدارة أملاك الزوجين المشتركة يلزم تقسيمها كما يأتي :

1 – أعمال إدارية ومباشرة رفع الدعاوى أمام القضاء : الأعمال الإدارية المحضة سلطة الزوج فيها غير محدودة ؛ فيؤجر ويستأجر العقار من غير تحديد ، وله قبض

الإيراد ويتصرف فيه ، ويقبض رأس المال من غير مراقبة ولا إذن من أحد ، وكذا له سلطة غير محدودة في التقاضي .

فسلطة الزوج في ذلك غير محدودة ، وليس للزوجة الرجوع عليه بأي تعويض ، ولو أخطأ خطأ فاحشًا أو أدار إدارة سيئة أو بذر تبذيرًا يجعله مسئولًا قانونًا فهو يعمل كمالك حقيقي ليس عليه أي مسئولية قِبَلَ أي شخص كان .

وللزوجة طريق واحد يمكنها أن تلجأ إليه حفظًا لأموالها من التبديد وهي : التفريق ، أو قسمة شركة أموال الزوجية بطريق القضاء . وقد حدَّ القانون من سلطة الزوج في المواضيع الآتية :

1 - حالة الثراء الشخصي للزوج من إدارة شركة أموال الزوجية ، ففي كل حالة يثري الزوج في ماله الخاص من تصرفاته الشخصية في الشركة على حسابه يلزمه تعويض للشركة .

2 - إذا حصل غش من الزوج في أي عمل يختص بشركة أموال الزوجين لفائدته ومصلحته جاز للزوجة طلب فسخ هذا العمل . وعلى الزوجة يقع حَمْلُ الدليل أمام القضاء متى ادعت أن الزوج أثرى على حساب الشركة أو غش في عمل لمصلحته لإثبات ذلك .

ثانيًا : التمليك بعوض : يجوز للزوج تمليك منقول وعقار شركة أموال الزوجية بدون مساعدة أو إذن زوجته . كما يجوز له رهنها وترتيب حقوق عينية عليها ، ولو حصل من الزوج غش أو تدليس في تصرفاته هذه فعمله باطل بأن استفادت أمواله الشخصية على حساب تصرفه في الشركة .

ثالثًا : التمليك بدون عوض : لا يجوز للزوج إعطاء عقار (هبة) من أملاك شركة الزوجية إلا لتأسيس عمل لولد مشترك بين الزوجين ، ويجوز للزوج إعطاء منقول من أملاك شركة أموال الزوجية لمن يشاء بعنوان خاص ، ولا يجوز له التصرف الآتي في المنقول :

1 - لا يجوز للزوج هبة المنقول بعنوان عام ولا بجزء معين ، فقط يجوز لتأسيس ولدهما المشترك منهما .

2 - لا تجوز هبة المنقول مع الاحتفاظ بالمنفعة .

3 - لا تجوز هبة المنقول الزائدة عن الحد ، بمعنى أن منقول المال المشترك 2000 فرنكا فيهب ألفًا .

فإن خالف الزوج ما ذكر فهبته يجوز إلغاؤها إلغاء خاصًّا لمصلحة الزوجين عند انحلال الشركة ، ووقوعه في نصيبها الذي اختارته .

ويجوز للزوج أن يهب ما منعه القانون متى شاركته زوجته في توقيع عقد الهبة ، ويكونان كمالكين تصرفًا في ملكهما .

يجوز للزوج أن يوصي بما لا يزيد عن نصف شركة أموال الزوجية ، فإن زاد عن النصف في وصيته أنقصت إلى النصف متى قبلت الزوجة شركة أموال الزوجية عند انحلالها ، وهذا تصرف بعنوان عام .

فإن أوصى بعين منقولة محددة إلى شخص من أموال شركة الزوجية فإن خرجت في قرعة ورثته نفذت وصيته في نفس العين الموصى بها ، وإن خرجت في حصة الزوجة أخذ الموصى له قيمتها لا عينها .

عمل الزوجة في شركة أموال الزوجية :

لو أن المرأة تملك نصف شركة أموال الزوجية ، لكن ليس لها أي دعوى أو اعتراض مباشرة ضد الزوج فيما يختص بهذه الأموال ، ولا حتى مراقبتها في تصرفات زوجها ، ومع هذا فلها بعض أعمال تباشرها خاصة بشركة أموال الزوجية ، وذلك :

أولًا : تشارك زوجها في التمليك بغير عوض فيما لا يمكن للزوج عمله قانونًا بدونها .

ثانيًا : يمكنها إلزام أموال شركة الزوجية بتعاقدها بإذن القضاء لإخراج الزوج من السجن أو لتأسيس محل تجارة لولدها منه ، وكان الأب غائبًا .

ثالثًا : يمكنها عمل وصيتها بنصف أموال شركة الزوجية .

رابعًا : يمكنها سحب مبلغ من أموال شركة أموال الزوجية لوضعه في صندوق التوفير ، وليس للزوج معارضتها في ذلك ، ولكن له المعارضة في سحبها من التوفير .

خامسًا : يمكنها وضع مبالغ في صندوق المعاشات للعجز والعوز .

المكافأة المعطاة للزوجة نظير سلطة الزوج الخارجة عن العادة :

منح القانون الزوجة الامتيازات الآتية مقابل سلطة الزوج المطلقة :

1 - طلب حل شركة أموال الزوجية (التفريق المالي) عندما تكون إدارة الزوج قد أضرت بأموال الزوجين ضررًا بليغًا .

2 - حق التنازل عن شركة أموال الزوجية ، فلا تكون ملزمة بأي شيء . فإن قبلت الشركة فلها أن تدفع دينًا بمقدار ما خصها من منفعة .

3 - حق استيفاء أموالها الخاصة من مال الزوج ومن شركة الأموال قِبَلَ الزوج .

4 - حق الرهن القانوني المفروض على أملاك الزوج لضمان استيفاء أملاك الزوجة عند الانفصال .

إدارة أملاك الزوجة الخاصة :

للزوج إدارة أملاك الزوجة الخاصة ، لكن سلطة الزوج في ذلك تختلف عن سلطته في إدارة أموال شركة الزوجية في الآتي :

أولًا : لا يجوز منع الزوج من مباشرة سلطة إدارة أملاك شركة أموال الزوجية حتى ولو بشرط في عقد ترتيب أموال الزوجين ، ولكن منع الزوج من إدارة أموال الزوجة الخاصة يجوز اشتراطه في عقد ترتيب أموال الزوجية ، فتحتفظ الزوجة بإدارة أملاكها لنفسها خاصة .

ثانيًا : سلطة الزوج على أموال الزوجية سلطة مطلقة كمالك حقيقي ، ولكن سلطته على أملاك الزوجة الخاصة سلطة إدارة عادية فقط .

ثالثًا : الزوج غير مسئول عن إدارته السيئة أو الإسراف والتبذير في شركة أموال الزوجية بخلاف إدارة أملاك الزوجة الخاصة فهو مسئول عن كل خطأ أو إسراف أو تبذير كمدير عادي .

ولمعرفة مدى سلطة الزوج في إدارة أملاك الزوجة الخاصة يلزم معرفة ما يأتي :

أولًا - الأعمال الإدارية :

ومنها عقود الإيجار للعقار فللزوج عقد الإيجار لمدة لا تزيد عن 9 سنين فإن

عقده لأزيد منها اعتبر ما يكملها فقط .

ولا يجوز للزوج تجديد عقد الإيجار قبل نهايته في الأملاك الحقلية أزيد من ثلاث سنين ولا في عقارات المدن أزيد من سنتين .

ومنها التعاقد مع مقاولي الأشغال للإصلاح في العقارات وقبض إيرادها بل وقبض رأس المال لكن لا يستخدمه إلا بإذنها .

ثانيًا : مباشرة الأعمال القضائية :

للزوج مباشرة القضايا المتعلقة بالمنقول والذي هو جزء من أملاك الزوجة الخاص بدون مساعدة الزوجة . وله رفع القضايا ومباشرتها المتعلقة بوضع اليد في عقار أملاك الزوجة ، ولا يجوز للزوج مباشرة الدعاوى المتعلقة بالملكية في أملاكها العقارية ، بل يجب أن تباشرها هي بعد إذن زوجها في ذلك .

ولا يجوز له مباشرة القسمة مع الغير خصوصًا في الميراث الذي استحق لها وكان يبقى لها ملكًا خاصًا ، بل هي التي تباشرها بإذن زوجها .

ولا يجوز للزوج أيضًا تمليك عقار الزوجة ولا ترتيب حق عيني عليه . والزوجة هي التي تباشر ذلك بنفسها بإذن زوجها . فإن باع الزوج عقارها وعلم المشتري فليس على الزوج ضمان ، وليس عليه تسليم . وللمشتري الثمن الذي دفعه فقط ، وللزوجة الحق في استرجاع عقارها المذكور حتى ولو قبلت شركة أملاكِ الزوجية . فإن كان المشتري حسن النية فلا نزاع في جواز استرداد عقارها متى تنازلت عن الشركة . فإن قبلت الشركة فهل لها الاسترداد أم لا ؟ خلاف . وهل لها رفع دعوى استرداد هذه العقارات قبل انحلال شركة أموال الزوجية أم لا ؟ الجواب مترتب على جواز الاسترداد بعد قبول الشركة أو بعد رفضها .

بيع منقول الزوجة الخاص :

المنقولات التي تستهلك بأول استعمال والتي هي مخصصة للبيع والتي قدرت قيمتها قبل الاستعمال يجوز للزوج بيعها . وأما التي تبقى على ملكية الزوجة وللشركة عليها حق التمتع كالسندات العقارية أو الدين المدني أو سندات المعاش ففيها خلاف . ويجوز للزوج تحويل السندات العقارية الاسمية الخاصة بزوجته إلى

أسهم لحاملها ، وإن منع بعض العلماء ذلك [1] .

بند [106] قانون 13 يوليو سنة 1907

القانون الفرنسي : لهذا القانون غرضان :

الأول : ضمان تصرف المرأة في ثمرة عملها بدون تدخل الزوج بحرية تامة .

الثاني : ضمان حصة الزوجين في نفقة العائلة . بهذين الغرضين أصاب القانون سلطة الزوج ، ومهد للزوجة طريق الحرية في تصرفاتها وهو قانون اجتماعي عظيم . كان نظام القانون المدني أن أجرة عمل الزوجة تدخل في شركة أموال الزوجية ، فللزوج فقط ترتيبها كما يرى بدون أي اعتراض من الزوجة ، فأعلن هذا القانون رفع هذا الظلم .

ويبحث القانون المذكور في النقط الآتية :

أولًا : امتداد سلطة الزوجة : يمكن للزوجة التصرف فيما جمعته من أجر عملها ومشتَرَى عقار أو منقول ، ويكون بتصرفها هي فقط بدون إذن زوجها أو حضوره ، وزاد قانون سنة 1919 أن الزوجة يمكنها من مالها المحفوظ لها بموجب هذا القانون أن تهب لمحلات مساعدة الأطفال اليتامى أو حماية الطفولة بشرط عدم وجود أولاد ولا أولاد أولاد لها ، وأن تكون بلغت 45 سنة . ولإثبات أن هذا الملك مما حفظه لها قانون سنة 1907 يكفي إثبات أنها كانت تعمل عملًا منفردًا عن الزوج وتتقاضى منه أجرًا . وكل شرط يسلب من الزوجة هذا الحق المخول لها بموجب قانون سنة 1907 يعتبر لاغيًا بنص القانون .

ولدائني الزوجة التي تعاقدت بغير إذن زوجها حجز أملاكها المحفوظة بقانون سنة 1907 دون أملاكها المشتركة ودون أملاك الزوج ، إلا إذا كان الدين لصالح المصلحة العائلية كذلك .

فإن أساءت الزوجة في تصرفاتها في هذه الأملاك المحفوظة فللزوج سلبها حق الإدارة والتصرف بقرار يصدر من المحكمة . وله أن يستصدر أمرًا من رئيس المحكمة

---

(1) انظر : البنود من 1409 إلى 1440 في الباب الثاني ، من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 8 : 17 .

في حالة الضرورة بمنعها من تصرف خاص مع الغير .

والأملاك التي توجد للمرأة من أجرة عملها تكون ملكًا خاصًّا للزوجة ، ولا دخل للزوج فيها . ويعتبر قسمًا من شركة أموال الزوجية متى قبلت الزوجة الشركة . فإن رفضت الشركة عند انحلالها بقي هذا الملك خاصًّا بها بدون تحميله أي دين إلا الذي تعاقدت عليه هي لمصلحتها .

تخصيص نفقة العائلة بين الزوجين :

يحصل بعض الأحيان أن الزوج أو الزوجة لا يساهم في نفقات العائلة فيحتفظ بماله الخاص أو المحفوظ بقانون سنة 1907 ويترك النفقة جانبًا . فللزوج المتضرر رفع الأمر للقضاء واستصدار حكم بحجز نصيبه في النفقة تحت يد صاحب العمل الذي يشتغل عنده المحكوم عليه ، ثم يقبضها مباشرة .

القاضي المختص هو قاضي الصلح ؛ فمتى رفع الأمر إليه أرسل للمدعى عليه طلبًا مسجلًا بالبريد فيحضر شخصيًّا إلا لعذر قهري فيأمره بما يراه ضروريًّا من النفقة ويعتبر هذا حكمًا نافذًا ولو مع المعارضة أو الاستئناف . ويمكن زيادته أو نقصه متى تغيرت حالة المعيشة رخصًا وغلاء .

أهلية الزوجة للمقاضاة :

نص هذا القانون على أهلية الزوجة الكاملة في الدفاع عن حقوقها أمام القضاء بدون إذن الزوج فيما يختص بما منحها القانون المذكور .

نظرية التعويض : وهي خاصة بنظام شركة أموال الزوجية وذلك فيما إذا كان أحد الأملاك انتفع على حساب ملك آخر نقص بذلك . فلمن نقص طلب تعويض عن هذه الزيادة تطبيقًا لمبدأ (الثراء على حساب الغير) . والأملاك هي أملاك الزوج الخاصة ، وأملاك الزوجة ، وأملاك الزوجين المشتركة .

وكما يوجد ثلاثة أنواع متباينة من الأملاك يوجد ثلاثة أنواع من التعويض :

(1) التعويض الواجب على أحد الزوجين لشركة أموال الزوجية .

(2) التعويض الواجب على شركة أموال الزوجين لأحدهما .

(3) التعويض الواجب على أحد الزوجين للزوج الآخر .

أولًا : التعويض الواجب على أحد الزوجين لشركة أموالهما : بيان الأحوال التي تعطي شركة أموال الزوجية حقًّا في التعويض ، وذلك مأخوذ من القاعدة الآتية (في كل وقت يثري أحد الزوجين على حساب شركة أموالهما بما يفقرها يجب عليه دفع تعويض للشركة) ؛ فيجب للزوم التعويض :

1 - حصول يسار لأحد الزوجين في أمواله الخاصة .

2 - حصول إفقار لشركة أموال الزوجية من هذا اليسار ، وقد سبق بيان ذلك جمعيه .

وتقدير التعويض لا خلاف فيه متى تساوى اليسار الطارئ مع الإفقار ؛ فالتعويض يكون مساويًا للإفقار ، فإن اختلف الإيسار مع الإفقار زيادة أو نقصًا فالقاعدة ألا يزيد التعويض على اليسار الطارئ ولا ينقص عن الإفقار الحاصل .

ثانيًا : التعويض الواجب على شركة أموال الزوجية لأحد الزوجين : مماثل في شرحه وأحكامه للتعويض الواجب على أحد الزوجين لشركة أموالهما .

ثالثًا : التعويض الواجب لأحد الزوجين على الآخر : هذه الحالة نادرة الوقوع ؛ ولذلك نفرض أن أحد الزوجين أعطى عقارًا للآخر نظير دفع دين عليه أو مهر ، وُعِدَ به ولم يجده أو مهر لولده من سرير آخر .

والفرق بين هذه الحالة والحالتين السابقتين :

1 - أن الزوجة إذا تنازلت عن شركة أموال الزوجية للزوج فلا تعويض بين الزوج والشركة ولا العكس ؛ لأن المالين أصبحا ملكًا لشخص واحد وهو الزوج بخلاف التعويض الواجب على الزوج لزوجته ، ولو مع التنازل عن الشركة فلا يسقط بل يجب عليه أداؤه .

2 - التعويض الواجب لشركة أموال الزوجية والواجب عليه أن يدفع فائدة من تاريخ انحلال شركة أموال الزوجية ، بخلاف التعويض الواجب على أحد الزوجين للآخر فهو دين عادي لا يدفع فائدة إلا من يوم الإنذار بالدفع أو التقاضي .

بند [107] انحلال شركة أموال الزوجية

القانون الفرنسي : أسباب انحلال شركة أموال الزوجية : الشركة تنحل بطريق

غير مباشر بالوفاة أو بالطلاق اللذين يضعان حدًّا للزواج ، وتنحل بطريق مباشر بانفصال الأملاك قضائيًا ، وبالانفصال الجسماني وبالغيبة .

وسيقتصر البحث هنا على وفاة أحد الزوجين ، وانفصال الأملاك قضائيًا من أسباب انحلال شركة أموال الزوجية .

أولًا : وفاة أحد الزوجين : بوفاة أحد الزوجين يجب على الباقي منهما عمل حصر لأعيان الشركة . وتعطَى للزوجة حقوق الترمل . فالحصر يحفظ أعيان التركة لصالح ورثة المتوفى ويمنع الاختلاس فيها . ومدة الحصر ثلاثة أشهر . ويجوز للمحكمة امتدادها متى وجد سبب يبرره . فإذا ترك الحصر أمكن إثبات أعيان التركة حتى بالشهرة ، ويحرم الباقي من الزوجين من حق التمتع بملك قصره نظير ذلك . ويكون المشرف وزوج الوصية ضامنين فيما يحكم عليها من غرامة أو تعويض .

أما حقوق الترمل للزوجة المتوفى عنها زوجها فهي في ثلاثة أشهر المحددة للحصر وأربعين يومًا المحددة للاستشارة في القبول أو الرفض ، فللزوجة في هذه المدة :

1 – أخذ أكلها وأكل خدمها من الادخار المتروك ، فإن لم يكن فلها أن تقترض على حساب شركة أموال الزوجية بالمعروف بلا تبذير .

2 – السكنى على حساب الأملاك المشتركة جميعها . أما مصاريف ملابس الحزن فعلى تركة المتوفى لا على الشركة .

ثانيًا : تفريق أموال شركة الزوجية : وهي سلطة أجازها القانون للمحكمة لتأمر بفصل المالين وانتهاء الشركة ، بناء على طلب الزوجة ، حينما يكون بقاء الشركة مضرًا لها في أموالها :

(1) أنه سلطة استثنائية تعارض إدارة المتعاقدين من بعض الوجوه ؛ لأنهما حين التعاقد كانت نيتهما عدم حل الشركة مدة قيام الزواج .

(2) هذه سلطة منحت لصالح الزوجة نظير وضع السلطة التامة في يد الزوج .

(3) هذه سلطة قضائية فلا يصح التفريق اختيارًا ؛ بل يجب أن يصدر حكم قضائي ، وكل اتفاق بين الطرفين فهو باطل .

(4) هذه سلطة عامة يصح أن تكون في كل نظام : (شركة – مهر – بدون شركة) .

طلب تفريق الأملاك لا يكون إلا من الزوجة فقط ولا يقبل من الزوج ؛ لأن هذا حق منحه القانون إليها فقط . ولورثتها الاستمرار في قضية تفريق الأموال بعد وفاتها ، وليس لدائنيها طلب التفريق ولو باسمها .

وسبب طلب التفريق يرجع إلى تلف مهر الزوجة ، أو ارتباك الزوج في ديون بحيث أصبحت أملاكه لا تفي بالتزاماته إلى زوجته في أخذ مالها الخاص . وليس الجنون أو الحجر سببًا في طلب التفريق المالي . ولا يلزم وقوع الضرر بالفعل على أملاك الزوجة ، بل يكون وقوعه محققًا إذا لم تتخذ احتياطاتها لذلك ، كما إذا كان إيراد المهر لا يستعمل في مصالح الزوجة وأولادها أو يستعملها الزوج في سداد دينه هو ، أو خشيت على ميراث منقول سيدخل في أموال شركة الزوجية .

يقدم من الزوجة طلب إلى رئيس محكمة الزوج المدنية تطلب الإذن بإحضار زوجها في الدعوى التي سترفعها لفصل أملاكها منه ، فيأمر الرئيس بذلك بعد سماع أقوال الزوج .

ويجب أن يُعْلنَ طلب التفريق في صالة المحكمة وفي المحكمة التجارية ، وينشر في صحيفة إعلانات رسمية محلية ، وعلى المحكمة عدم إصدار حكمها بالتفريق قبل مضي شهر من تاريخ الإعلان ليتمكن دائنو الزوج من حفظ حقوقهم ، وليتنبه الغير في التعاقد مع الزوج بصفته التي ستزول بالحكم .

ويجب إعلان الحكم بتلاوته علنًا بالمحكمة التجارية التابع لها الزوج وإعلان الحكم بلصقه في صالة المحكمة المدنية لمدة سنة ، وبلصقه في حجرة محضري الدعاوى ومسجلي العقود .

ويجب تنفيذ الحكم في مدة 15 يومًا من تاريخ صدوره ، وإلا اعتبر ساقطًا .

حقوق دائني الزوج :

خوفًا من أن يكون طلب التفريق قدِّم من الزوجة بالاتفاق مع زوجها لإلحاق الضرر بدائني الزوج أعطى القانون للدائنين طريقًا احتياطيًا أولًا لمنع صدور حكم التفريق ، فيدخل الدائن أثناء نظر الدعوى ليبين غش الزوجين ، وأعطى القانون للدائنين أيضًا طريق المعارضة في الحكم الصادر بالتفريق مدة سنة ، لبيان ما اتفق عليه الزوجان من غش وخداع لإلحاق الضرر به .

نتائج تفريق الأملاك :

ينتج عن تفريق أموال الزوجين حالتان :

1 - انحلال شركة أموال الزوجية : ينتج عن انحلال شركة أموال الزوجية عدة نتائج ، فيوضع حد لسلطة الزوج على أملاك الزوجة ، وأملاك الشركة ، ويأخذ كل منهما ماله ويرجع أثر الحكم إلى الماضي وهو يوم تقديم الطلب للمحكمة بالنسبة لما بين الزوجين أنفسهما وما بينهما وبين الشخص الثالث ، خوفًا من تصرف الزوج أو الغير مدة سير القضية . أما نفس الإدارة فتبقى بيد الزوج وتكون نافذة إلا في حالة الغش ، فكل تمليك أو ترتيب حقوق عينية أو بدل إلخ يكون باطلًا متى وقع بعد تقديم الطلب لفصل الأملاك ولا تعارض به الزوجة .

ويحتفظ كل من الزوجين بما آل إليه من ميراث أو هبة لمنقول بعد تقديم طلب الفصل للمحكمة ولا يدخل في شركة أموال الزوجين . وتحتفظ كذلك المرأة بإيراد وثمرات أملاكها الخاصة في هذه المدة ما عدا حصتها في نفقة العائلة .

ويجوز للزوجين أن يعودا إلى شركة أموال الزوجية بعد انفصالهما بشرط : أن لا يغير الزوجان أي شرط من نظامهما الأول . وينتج عن هذا أن عقد إرجاع نظام أموال الزوجية يرجع إلى الماضي فيمحو أثر حكم تفريق أموالهما ، وكأنه لم يحدث ؛ فتدخل الهبة والميراث المنقول الذي تملكه أحد الزوجين مدة الفصل في الشركة ، وكل عقد يلتزمه الزوج أو الزوجة في هذه المدة يكون محترما ملزمًا للشركة كأنها مستمرة بدون انقطاع [1] .

بند [108] تصفية الشركة

القانون الفرنسي :

الاختيار : متى انحلت شركة أموال الزوجية وجب تصفيتها فيتحمل كل شريك نصيبه من كسب وخسارة . غير أن القانون أعطى للزوجة حق الخيار في قبول أخذ نصيبها أيًا كان ، وفي التنازل عنه للزوج أيًا كان أيضًا ، وذلك مقابل سلطة إدارة الزوج للشركة مدة وجودها .

---

(1) انظر : البنود من 1441 إلى 1452 في الفصل الثالث ، من الباب الثاني ، من الكتاب الخامس ، المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 17 : 20 .

وقد منح هذا الحق أيضًا إلى ورثة الزوجة ويجوز قبولهم كلهم أو بعضهم أو رفضهم أو رفض بعضهم وقبول بعضهم . ولا يجوز إدخال شرط في عقد شركة أموال الزوجية بمنع الزوجة عن التنازل عن الشركة ، بمعنى أنها تقبلها على أي حال كانت عليها .

ومدة اختيار الزوجة ثلاثة أشهر لحصر التركة وأربعون يومًا للاختيار . ويمكن للمحكمة زيادة المدة لعذر واضح . وما دامت الزوجة في هذه المدة فهي في حاجز قانوني يمنع أيًا كان من مقاضاتها . ولو قاضاها فلها المعارضة بالمدة المذكورة قانونًا . ومتى مضت المدة (ثلاثة أشهر [1] / أربعون يومًا) فإنه يصح مقاضاتها ، فإن حصرت التركة ولم تباشر عملًا يتضمن قبولها الشركة فيبقى لها حق الاختيار ثلاثون سنة . فإن لم تكن حصرت التركة أو عملت ما يتضمن قبولها الشركة مع عملها الحصر ومضي ثلاثون سنة فتعتبر قابلة للشركة .

فإن كانت الزوجة مطلقة أو مفرقة جسمانيًا فيفرض القانون عدم تصريحها بالقبول أو الرفض في المدة القانونية تنازلًا منها عن شركة أموال الزوجية .

القبول :

يكون القبول صراحة أو ضمنًا ، صراحة بإقرار ولو عرفيًا ، وضمنًا وهو عمل شيء في أموال الشركة يدل على القبول .

التنازل :

يكون بعمل علني ، وهو إشهاد بالمحكمة يسجل بسجل قبول الميراث أو رفضه . ومتى سُجِّل التنازل فليس للزوجة الرجوع فيه . ويكون التنازل باطلًا متى كانت الزوجة قاصرًا ولم يؤخذ رأي مجلس العائلة ، أو وقع التنازل بعد حصول غش أو إكراه . ويكون لدائني الزوجة الطعن في قبولها متى جلب لهم ضررًا أو بُنِيَ على غش لضياع حقوقهم .

نتائج قبول المرأة شركة أموال الزوجية :

ينتج عن قبول المرأة شركة أموال الزوجية تقسيم أموالها بما لها وما عليها . ويجب أولًا حصر أموال الشركة بإخراج أموال الزوجين الخاصة ، ثم بدفع

(1) الأشهر الثلاثة المحددة للحصر ، والأربعون يومًا المحددة للاستشارة في القبول والرفض طبقًا لما سبق ذكره في ص 1323 من هذا الكتاب .

التعويض الذي تستحقه الشركة عند كل منهما ، ثم بدفع التعويض الذي يستحقه كل واحد على الشركة . وما بقي بعد هذه العملية المكونة من الثلاثة أشياء يكون هو مال الشركة الذي يقسم . وعند الاختلاف في ملكية أي شيء فعلى مدعي الملكية إثباتها . والقسمة تكون مناصفة بين الرجل والمرأة . وكما يقسم مال الشركة يقسم مالها أيضًا ، فتقسم الديون أيضًا مناصفة بينهما ، ومن دفع أكثر من النصف فله الرجوع بما زاد عن حقه على الآخر حتى يتعادلا ، مع ملاحظة أن المرأة لا تدفع دينًا أكثر مما تحصلت عليه في قسمة مال الشركة ، فإن زاد فلا تلزم به .

ويجوز لدائني الزوجين رفع الدعوى ضد أيهما شاءوا بجميع الدين الذي تعاقدوا عليه ودخل لصالح الشركة ، بخلاف الزوجة التي تعاقدت مع زوجها للغير ؛ فهي لا ترفع عليها الدعوى إلا بالنصف فقط كما سبقت الإشارة إليه .

فإن حصرت أموال الشركة بمعرفة الزوجة في المدة المحددة 3 أشهر جاز لها الامتناع عن دفع الديون التي زادت عما جاء في نصيبها في القسمة .

نتائج تنازل المرأة عن شركة أموال الزوجية :

القاعدة العامة أنه متى تنازلت المرأة عن شركة أموال الزوجية يفرض القانون أنها ما كانت شريكة يومًا ما ، وأن الزوج هو المالك الوحيد من يوم وجود الشركة ، وإن كانت الشركة لا تعتبر منحلة في الماضي ، وإنما تحتفظ بمالها من حقوق وما عليها من التزامات . والمرأة المتنازلة ليس لها من أموال الشركة شيء مطلقًا حتى الذي دفعته عند تكوين الشركة ما عدا ملابسها الخاصة وحوائجها الشخصية ومصاغها كذلك وما عدا أموالها المحفوظة بقانون سنة 1907 . ويكون لها أملاكها الخاصة التي لم تدخل الشركة خالية من كل التزام إلا التزاماتها هي الشخصية ، ولا تتحمل أي دين من الديون التي دخلت في شركة أموال الزوجية [1] .

بند [109] الشركة الاتفاقية بين الزوجين

القانون الفرنسي : شركة الزوجية الاتفاقية هي شركة الزوجية القانونية ؛ لأن

---

(1) انظر : البنود من 1453 إلى 1596 في الفصول : الرابع والخامس و السادس ، من الباب الثاني ، من الكتاب الخامس ، المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 20 : 30 .

أموالها ثلاثة والسلطة للزوج في الإدارة للثلاثة الأقسام . وإيرادها والمنصرف وأسباب حلها وتصفيتها متفق في الشركتين . فقط تختلف الاتفاقية في أن مالها وما عليها وفي أن تقسيمها بعد حلها يصح أن لا يكون مناصفة ، بل فيه تفضيل أحد الشريكين ، والكلام في هذا الباب على عدة نقط :

أولًا – في تكوين أموال الشركة الاتفاقية : يجوز للطرفين أن يشترطا عدم دخول أموالهما الحاضرة والمستقبلة المنقولة ولا ديونهما كذلك السابقة على الزواج ولا ما يكون دينًا على ميراث أو هبة مستقبلة . وإنما تتكون الشركة بين الزوجين مما يشترى ويتملك من إيراد أملاكهما الخاصة بمعاوضة كبيع ومن أجر عملهما .

وهذا النظام الاتفاقي يكاد يكون عامًّا في كل من يحررون عقد ترتيب أموالهم ، وهو خير من الشركة القانونية ؛ لأنه يجمع منافع الزوجين فقط مدة بقاء ملكيتهما ، فيتكون مال الشركة الاتفاقية من :

(1) ثمرات وإيراد أملاك الزوجين الخاصة ، وحق التمتع بأموال الزوجين خاص بالشركة الاتفاقية .

(2) الناتج من عمل وصناعة الزوجين ، وكذا أجرة عمل الزوجة مع ملاحظة تطبيق قانون سنة 1907 .

(3) ما يتملكه الزوجان بالعوض الناتج عن استعمال المال المدخر من الحالتين المذكورتين قبل هذا .

ويبقى على ملكية كل من الزوجين المنقول الذي كان ملكهما قبل إتمام الزواج ، وكذا المنقول الذي يتملكه كل واحد منهما بدون عوض كالهبة والميراث . وحق التأليف الذي تم نشره قبل الزواج لا يدخل في الشركة ، ولكن ثمن المؤلَّف بعد الزواج يدخل في الشركة .

وأما حقوق المؤلِّف الذي تم تأليفه بعد الزواج ففيها خلاف .

ويدخل فيما على الشركة ما يأتي :

أولًا : الديون المتعاقد عليها الزوج أو الزوجة المأذونة من زوجها أو من القضاء (المادة 1428 من القانون المدني) فتدخل في الشركة الاتفاقية وتسري عليها جميع

القواعد المنصوص عليها في الشركة القانونية .

ثانيًا : الديون التي يتحملها الزواج أو حق التمتع الذي للشركة الاتفاقية على أملاك الزوجين الخاصة كالنفقة على الأطفال والزوجين وفائدة ديون الزوجين الشخصية .

ويبقى دينًا خاصًا الديون التي تعاقد عليها الزوجان قبل الزواج وديون الميراث والهبة الآيلين إلى الزوجين في مدة الزواج فلا يدخلان في الشركة الاتفاقية .

دليل ملكية المنقول بين الزوجين وبينهما وبين الغير :

أولًا : دليل ملكية المنقول بالنسبة للغير : لا يقبل الدليل إلا بمحضر الحصر أو حالة رسمية مشابهة كحالة حساب الوصي فتطبق المادة 1499 .

ثانيًا : دليل الملكية بين الزوجين عند الاختلاف : يقبل الدليل حسب القانون العام بكل الطرق حتى يقبلٍ من الزوجة أي دليل حتى الشهرة عند إهمال الزوج عملَ حَصْرٍ لما ورثته ، أو أُعطي لها في بحر الزواج .

يجوز لأحد الزوجين اشتراط عدم دخول أي نوع من منقوله المملوك له في الشركة الاتفاقية أو عدم دخول شيء معين كذلك نصًا في عقد ترتيب أملاك الزوجين أو ضمنًا ؛ فالنص كما إذا كتب فعلًا في العقد ، والضمني كما إذا كان ذلك نتيجة شرط آخر ، كما إذا اشترط أن كل مبلغ يعود إليه أو يستحقه يجب مُشْتَرَى عقار به ، فهو في حكم المستثنى من المنقول الذي يجب أن يبقى خاصًا بصاحبه .

ويجوز اشتراط فصل الديون ، وذلك في الديون التي تعاقدها أحد الزوجين قبل الزواج . أما ما تعاقدها مدة الزواج فقد نظمها القانون ؛ فليست محل شروط مطلقًا .

ويجوز اشتراط أن أحد الزوجين ليس عليه دين سابق للزواج . وهذا الشرط لا يؤثر على الدائنين مطلقًا . بل لهم حجز أموال شركة الزوجين الاتفاقية ، وعلى الزوج الذي أعلن هذا الشرط دفع تعويض للشركة إذا دفعت عنه دينه .

ويجوز للزوجين اشتراط إدخال بعض أو كل العقار منهما أو من أحدهما في أموال الشركة الاتفاقية .

الشروط التي تغير تصفية شركة أموال الزوجية القانونية :

يجوز للزوجة اشتراط أخذ ما أدخلته في الشركة عند حلها وتصفيتها حتى عند تنازلها

عنها . وفي هذا مخالفةٌ لقاعدة عدم استحقاقها لشيء من الشركة متى تنازلت عنها ، ومخالفةٌ للقاعدة العامة أن الشريك في الشركات العادية يتحمل المكسب والخسارة ، وليس له اشتراط عدم تحمل الخسارة ، ولكنه جائز في عقد ترتيب أموال الزوجين . ويجب حمل هذا الشرط على أضيق معانيه وتفسيره حرفيًّا بلا توسع فيه بطريق القياس ، ويجب استنزال دينها مما حملت وقت إرجاعه إليها عند انحلال الشركة .

وهذا الشرط لا يؤثر على دائني الزوج ولا دائني الشركة ، بل لهم حجز أموال الشركة بما فيها الأموال المشترط أخذها حتى عند انحلال الشركة . وتكون الزوجة في هذه الحالة دائنة بقيمة ما لها حق استرداده مضمونًا حقها بالرهن على أملاك الزوج القانوني . ولو اشترطت الزوجة عدم جواز الحجز على ما اشترطت استرداده جاز ذلك بنص صريح .

شرط الأرجحية :

شرط الأرجحية اشتراط أحد الزوجين أخذَ عين خاصة أو مبلغ من المال من رأس مال الشركة قبل قسمتها فوق نصيبه . ويصح هذا الشرط لكل منهما أو لهما . ولو كان للزوجة وتنازلت عن الشركة سقط حقها فيه ؛ لأنه زيادة على نصيب أحد الزوجين الشريكين ولا نصيب فلا زيادة . ومع ذلك فللزوجة حق الاحتفاظ بأخذ ما دفعته ولو في حالة تنازلها عن الشركة ، متى ذكر ذلك صريحًا في عقد ترتيب أموال الزوجين ، وحينئذ تكون دائنة عادية لزوجها .

وتوجد الأرجحية حالة الوفاة ؛ فأحد الزوجين الباقي على قيد الحياة يتمتع بهذا الشرط متى كان هو صاحبه . وأما في حالة الطلاق والتفريق المالي فمن كان الحكم لصالحه تمتع بهذا الشرط . ومن حكم عليه فقد حق الأرجحية كعقاب له على خطئه إن كان هو صاحب الشرط .

ويجوز للزوجين اشتراط عدم التعادل في الأنصبة عند انحلال الشركة ، وذلك في ثلاثة أنواع :

1 - أن يكون لأحد الزوجين الربع أو الثلث بينما للآخر ثلاثة أرباع $\frac{3}{4}$ أو $\frac{2}{3}$ ، والربح والخسارة يكونان تبعًا لهذا الشرط ؛ فمن يأخذ في الربح الثلث عليه الثلث في الخسارة وهكذا . ولا يجوز اشتراط ما يخالف هذه النتيجة من تحمل أقل مما هو مشروط له ، أو أكثر منه .

2 - أن يأخذ من له حق الزيادة مبلغًا معينًا من رأس مال الشركة قبل قسمتها سواء نضت ربحًا أو كانت خاسرة .

3 - أن يتنازل أحد الزوجين عن حقه في الشركة إلى الزوج الآخر [1] .

بند [110] نظام عدم الشركة

القانون الفرنسي : نظام عدم الشركة : هو أن يحتفظ كل من الزوجين بأملاكه العقارية والمنقولة لنفسه خاصة ، وللزوج إدارة ومنفعة أملاك زوجته .

وهذا النظام أصبح استعماله نادرًا في فرنسا ، وهو النظام العام في ألمانيا بعد قانونها المدني سنة 1900 .

وللزوج حق إدارة أملاك زوجته والتمتع بإيرادتها وغلتها ، وسلطته وحقوقه وواجباته هي التي تقدم ذكرها في شركة أموال الزوجية سواء بسواء .

ويجب على الزوج النفقة على زوجته وأولاده من إيراد أملاك الزوجين الخاصة التي تكون تحت إدارته وما زاد يستولي عليه هو لنفسه خاصة .

وأهلية الزوجة في هذا النظام هي أهليتها في النظام العام وعدم أهليتها كذلك ؛ فلا تبيع ولا تشتري ولا ترتب حقوقًا عينية بدون إذن زوجها ، وذلك فيما عدا ما نص عليه قانون سنة 1907 .

ديون الزوجين في هذا النظام : دين الزوجة السابق على الزوج ودين الزوج كذلك يحتفظ كل واحد بدينه . وليس لدائني الزوجة الحجز إلا على أملاكها الخاصة إن كان هناك حصر لأملاكها المنقولة ، وإلا جاز على أملاك الزوج المنقولة المختلطة .

فإن كان الدين بتاريخ غير ثابت جاز الحجز على ملكية الزوجة الخاصة المجردة . وأما دائنو الزوج فلهم الحجز على أملاك الزوج الخاصة فقط . وأما الدين المتعاقد عليه مدة الزوجية فإن كان من الزوج فهو عليه فقط ، وإن كان من الزوجة بإذنه فعلى أملاكها الخاصة ، وإن كان بإذن القضاء فعليها ، لكن الحجز يكون على ملكيتها المجردة . وكذلك الحال في ديون الميراث والهبة التي تعود إلى أحد الزوجين في مدة

---

(1) انظر : البنود من 1497 إلى 1525 من الفصل الأول إلى الفصل السابع ، من القسم الثاني ، من الباب الثاني ، من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 30 : 39 .

الزواج . يسري قانون سنة 1907 هنا كما يسري مع نظام شركة أموال الزوجية ، وعند انحلال الزواج تعود أملاك الزوجة إليها عقارًا ومنقولًا بدون نقص منها [1] .

بند [111] نظام تفريق الأملاك

القانون الفرنسي : نظام تفريق الأملاك يتكون من عدم وجود أي عقار أو منقول مشترك بين الزوجين فيحتفظ كل واحد منهما بملكية أملاكه وإدارتها وغلتها وإيرادها ، وينتج هذا النظام عن شيئين :

أولًا : عن فصل الأملاك القضائي الذي يضع حدًّا للنظام الذي اتخذه الزوجان عند عمل عقد ترتيب أموالهما .

ثانيًا : قبول نظام تفريق الأملاك في عقد ترتيب أموال الزوجين وقت الزواج . غير أن نظام تفريق الأملاك الاتفاقي قليل وغير مستعمل . والعلماء الذين ينتصرون لحقوق المرأة يفضلون هذا النظام ويعملون لجعله النظام العام لأنه يمنح المرأة الأهلية القضائية ، ويضمن مالية الزوجة من تصرفات زوجها فيحقق لهم الربح . ولأنه لا يحتاج لعمليات مرهقة وكثيرة عند الطلاق أو الموت ولذلك كان هو النظام العام في البلاد التي أباحت الطلاق وكثر فيها .

ومضمون هذا النظام أن كل زوج يحتفظ بأملاكه في الإدارة والمنفعة فمنفعتها مختلفة تمام الاختلاف . فقط على الزوجة أن تدفع لزوجها جزءًا من إيرادها لتساهم في نفقة المنزل .

ويختلف نظام تفريق الأملاك الاتفاقي والقضائي في أن القضائي يمكن أن يتركه الزوجان ويعودا إلى نظامها السابق الذي عمل وقت الزواج بخلاف الاتفاقي ، فلا يمكن العدول عنه .

وفي أن نفقة المنزل التي تدفعها المرأة بعد التفريق القضائي يكون مقدرًا بمعرفة القضاء . وأما في الاتفاقي فهي باتفاق الطرفين في عقد ترتيب أموالهما . على أن المساهمة من الزوجة في نفقة المنزل في حالة عدم الاتفاق لا تتعدى ثلث إيرادها . فإن لم يكن عند الزوج إيراد فعلى الزوجة كله .

فما يخص المرأة في نفقة المنزل يُدْفع للزوج وهو يتولى الإنفاق . فإن اقتصد من

(1) انظر : البنود من 1529 إلى 1535 في الفصل التاسع ، من الباب الثاني ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 40 ، 41 .

نفقة المنزل شيئًا فهو له سواء ذلك في التفريق القضائي أو الاتفاقي على أنه يجوز قانونًا اشتراط ذلك الدفع للمرأة وهي تتولى الإنفاق وحينئذ ما توفره يكون لها .

أهلية الزوجة في نظام تفريق الأموال :

أولًا : إدارة أملاكها : للمرأة المتزوجة على نظام تفريق الأموال حرية إدارة أملاكها كما تشاء بدون إذن زوجها ولا إذن القضاء . فلها قبض إيرادها وقبض رأس مالها وإعطاء مخالصات وفك الرهونات الضامنة لما قبضته . والتأجير لعقارها أو استئجارها عقار الغير والتعاقد مع متعهد للبناء أو العمارة أو التحسين في أملاكها .

وحصل خلاف في أهليتها في مدة عقد الإيجار ؛ فلها التأجير لأقل من 9 سنين أو لأزيد . والصحيح أن لها الإيجار إلى أزيد من 9 سنين ما عدا عقد الحكر ، لأنه يشترط فيمن يعقده أن يقدر على تمليك الغير وهي لا تقدر بدون إذن زوجها .

ثانيًا : أهلية التمليك : لا يجوز للمرأة تمليك العقار ولا ترتيب حق عيني عليه ولا عقد تحكير للغير بدون إذن زوجها . وأما في المنقول فليس لها التمليك بدون عوض إلا بإذن زوجها ، ولها التمليك بعوض بدون إذنه فيما يعد من إدارة أملاكها ، ومادام تدعو إدارة أملاكها لذلك كبيع محصولها الزراعي مثلًا .

ويجوز لها أيضًا تحويل سنداتها من سندات اسمية إلى حاملها .

ثالثًا : التزامات الزوجة : يجوز لها الالتزام في حدود إدارة أملاكها فقط بما يمكن أن تكون في حاجة إليها كالاقتراض لإدارة أملاكها ، لكن لا يجوز لها ضمان الغير ولا التعامل في البورصة مثلًا .

ومتى تعاقدت والتزمت ما أباحه لها القانون فقد التزمت معها جميع أملاكها من منقول وعقار ضمانًا لهذه الالتزامات .

رابعًا : التقاضي أمام المحاكم : لا يجوز للمرأة المتزوجة على نظام تفرقة الأملاك الحضور أمام القضاء إلا بإذن زوجها سواء في العقار أو المنقول وإن كان لها التصرف في المنقول .

أما أملاكها الناتجة من اقتصادها من أجرها والتي حفظها لها قانون سنة 1907 فأهليتها فيه أوسع وذلك أن لها حق التمليك فيها بعوض حتى في العقار . ولها حق الحضور أمام القضاء بدون إذن زوجها فيما يختص بهذه الأملاك .

(نتيجة المقارنات من بند 97 إلى نهاية بند 111)

يختلف التشريعان فيما يأتي :

عقد أملاك الزوجين – صفات عقد ترتيب أملاك الزوجين القانونية – أشكال الزواج الأساسية – قاعدة حرية التعاقد الخاص بأموال الزوجين – قاعدة علانية عقد ترتيب أموال الزوجين – إشهار عقد ترتيب أموال الزوجين – قواعد خاصة بأهلية القاصر – الشركة الزوجية القانونية – تكوين شركة مال الزوجية – ثمار وإيراد وفوائد أموال الزوجين – ترتيب الديون – تخصيص الدين – الديون المتعاقد عليها الزوجان مدة وجود الزواج – الديون التي يتحملها الزواج وديون حق التمتع – إدارة شركة أموال الزوجية – إدارة أموال الزوجة الخاصة – انحلال شركة أموال الزوجية – تصفية الشركة (الاختيار) – الشركة الاتفاقية بين الزوجين – نظام عدم الشركة في إدارته – نظام تفريق الأملاك فيما يترتب عليه .

ويتفق التشريعان فيما يأتي :

نظام عدم الشركة في وضعه دون إدارته – قانوني 13 يوليه سنة 1907 وسنة 1919 – نظام تفريق الأملاك في وضعه دون ما يترتب عليه .

تم بحول الله وقوته الجزء الثالث ويليه الجزء الرابع وأوله (نظام المهر)

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين

فهرس عام للجزء الثالث

من كتاب المقارنات التشريعية

الكتاب الثالث

الكتاب الرابع

أحكام الرهن والامتياز

القسم السادس

الكتاب الأول

الكتاب الثانى

الكتاب الثالث

سلسلة دراسات المقارنات التشريعية (٢)

المقارنات التشريعية

بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي

مقارنة بين فقه القانون الفرنسي
ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف

سيد عبد الله علي حسين

من علماء الأزهر الشريف وليسانس في الحقوق الفرنسية

دراسة وتحقيق
مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ.د محمد أحمد سراج

أ.د علي جمعة محمد

أحمد جابر بدران

المجلد الرابع

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع
لصاحبها
عبد القادر محمود البكار

الطبعة الأولى
1421 هـ - 2001 م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

القاهرة – مصر 120 شارع الأزهر ص ب 161 الغورية
هاتف 5932820 - 2704280 - 2741578 (202) فاكس 2741750 (202)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد خاتم المرسلين وبعد فنبدأ الجزء الرابع من كتاب « المقارنات التشريعية » راجين من الله القوي أن يسدد خطانا وأن يهدينا سواء السبيل وهو حسبي ونعم الوكيل .

الكتاب الثاني

تابع القسم السابع

بند [1] نظام المهر

القانون الفرنسي : نظام المهر هو جعل أموال الزوجة قسمين : قسم يدعى المهر وهو الذي للزوج حق إدارته والتمتع به ولا يجوز تمليكه ولا يتملك بمضي المدة . وقسم يدعى الملك الخاص للزوجة وحكمه من جميع النواحي حكم أملاكها في نظام تفرقة الملكية . ويجوز تمليكه ويتملك بمضي المدة [1] ، وهو نظام تفريق الأملاك فيما يختص بمصلحة الزوجين المالية وهو يستبعد كل شركة بينهما [2] .

وقد احتاط القانون لضمان مال الزوجة فجعله يرد بعينه ؛ لأنه غير قابل للتمليك ولا يتملك بمضي المدة .

ونظام المهر - وإن كان يحفظ مال الزوجة من زوجها الذي قد يكون مسرفًا مبذرًا أو من ضمانها له - غير أنه أدبيًا يُشْعِر بأن الزوج لا ثقة فيه ، فيحتاط منه ويمنع الزوجة والزوج من التصرف فيه ، حتى عند الضرورة القصوى .

والأصل في نظام المهر أن ينص عليه في عقد ترتيب أموال الزوجين ، وأنهما قبلاه نظامًا لأموالهما بنص صريح .

---

(1) قاعدة : المهر قسمان : قسم لا يجوز تمليكه ، ولا يتملك بمضي المدة ، وقسم يجوز تمليكه ويتملك بمضي المدة (مدني فرنسي) . .

(2) زيد بعدها : « وهو نظام تقسيم أموال الزوجة إلى قسمين : قسم للزوج إدارته والتمتع به ، وقسم للزوجة إدارته » وهو تكرار لما سبق بحروفه ، ولذا آثرنا حذفه مع التنبيه عليه .

تكوين المهر :

كل ما أعطى من المرأة وقت عقد ترتيب أموال الزوجين يحمل على أنه ملكها الخاص إلا إذا أعلن صراحة في العقد أنه مهر . فملكها هو الأصل والمهر استثناء . وكل ما أعطى من شخص آخر وقت الزواج فهو مهر إلا ما استثنى بنص صريح فالمهر أصل ، والمال الخاص استثناء .

ويمكن للزوجة جعل أملاكها الحاضرة مهرًا ، أو المستقبلة ، أو هما معًا ، أو بعض هذا أو ذاك ، ويجب عدم التوسع في تفسير المهر بل يكون في دائرة ضيقة فتطبق عليه قواعد تكوين شركة أموال الزوجية .

ويجوز زيادة المهر في مدة الزواج سواء كانت الزيادة بين الزوجين ، أو من أحدهما ، أو من أجنبي منهما ؛ فلو أعطاهما شيئًا بشرط كونه مهرًا صح العطاء ، وبطل الشرط ، وكان ملكًا خاصًا للزوجة .

كذلك لا يجوز تحقيق المهر وإيجاده في مدة الزواج بعد عقد الزواج مطلقًا لا من الزوجين ولا من أجنبي .

ويستثنى من ذلك زيادة المهر من نفسه هو ، كزيادة جزيرة في جانب النهر لعقار خصص للمهر فهي مهر أيضًا ، أو نهاية انتفاع منتفع فتضم الثمرة للمهر الذي هو أصل العقار ، أو بناء منزل على أرض فضاء جعلت مهرًا .

لا يجوز إنقاص المهر في مدة الزواج ؛ فلو شرطت أن أملاكها المستقبلة تكون مهرًا فليس لها ولا لزوجها جعل الهبة أو الميراث الذي حل ملكًا خاصًا ، وإنما يجوز للواهب أو الموصي اشتراط عدم دخول هبته أو وصيته في أموال المهر [1] فيعمل بالشرط ويبقى ملكًا خاصًا .

لا يجوز تغيير أعيان المهر في أساسها وقت جعلها مهرًا ؛ فلا يجعل ملك يصح تمليكه ملكًا لا يصح تمليكه فالعقار الذي يشترى بإيراد المهر لا يحسب مهرًا إلا متى كان مشترطًا ذلك فيكون مهرًا حسب الشرط .

---

(1) قاعدة : يجوز للواهب وللوصي حق اشتراط عدم دخول هبته أو وصيته في أموال المهر (مدني فرنسي) .

حقوق الزوج وسلطته على أعيان المهر :

أولًا : حقوق الزوج : الزوج ليس مالكًا للمهر ، وإنما ملكية المهر تبقى للزوجة وليس للزوج إلا حق التمتع [1] ؛ وحق تمتع الزوج كحق تمتع الأجنبي المرتب على عقار الغير سواء بسواء فعليه عمل الحصر وعليه التزامات ، وتختلف عنه في الآتي :

1 - الزوج ليس ملزمًا بتقديم ضمان في استعمال حقه في التمتع ، كما يلتزم صاحب حق المنفعة إلا لوجود شرط صريح يلزم الزوج بذلك .

2 - لما لهذا الحق من علاقة بشخصية الزوج ، وأنه جعل للقيام بنفقات المنزل فليس للزوج التنازل عنه ، ولا رهنه ، ولا يجوز الحجز عليه لدائني الزوج .

3 - الثمرات الطبيعية والصناعية يتملكها الغير في حق منفعته بقبضها ؛ بمعنى أنه في آخر سنة من استحقاقه إذا لم يكن قبضها فهي ملك لمالك العين ، بخلاف حق تمتع الزوج بالثمرات فهي تمتلك يومًا فيومًا بمعنى أن الثمرات في آخر سنة من الزواج تقسم بنسبة أيام الزوجية في السنة ، فيعطى للزوج مقدار ما أصاب مدة قيام الزوجية والباقي للزوجة أو لورثتها .

4 - الأجنبي الذي له حق الانتفاع ليس له حق مطالبة المالك بما أنفق لتحسين حالة العين المستغلة ، بينما أن للزوج المنتفع أن يطالب بما زاد في قيمة العين التي حسنها .

وفي بعض الأحوال يملك الزوج أعيان المهر وذلك في حالة ما إذا كان لا يمكن الانتفاع بالمهر إلا إذا بيع ، أو إذا كان المهر منقولًا مقدرًا في عقد ترتيب الأملاك ؛ لأن التقدير يوازي البيع فيكون الزوج ملزمًا بالثمن المقدر في العقد .

سلطة الزوج :

إذا قلنا إن الزوج مالك للمهر فله حق التصرف فيه كما يشاء ، بشرط إرجاع قيمته بعد حَلّ الزواج [2] . ولكن متى قلنا : إن ملك المهر يبقى للزوجة فليس للزوج إلا الإدراة فقط مع توسع عن المدير المعتاد ؛ فله تحصيل الإيراد ، وقبض رأس المال ، وإيجار العقار لتسع سنين فأقل . وللزوج الحق في مباشرة القضايا بجميع

---

(1) قاعدة : المهر ملك الزوجة ، وليس للزوج إلا حق التمتع (مدني فرنسي) .

(2) قاعدة : للزوج حق التصرف في المهر كيف شاء بشرط إرجاع قيمته بعد حل الزواج (مدني فرنسي) .

أنواعها الخاصة بالمهر منقولًا وعقارًا ، إلا في دعوى القسمة في ميراث آل للزوجة فهي التي تباشرها بإذن الزوج ، وإلا في الحجز العقاري فيجب أن تكون الدعوى ضد الزوج والزوجة معًا . يجوز للزوج تمليك المنقول الذي يشتمل على المهر ، ولا يجوز له التنازل عن الإيراد للغير ، ولا عمل مخالصة بدون قبض [1] .

والزوج يكون ضامنًا لغلطه وخطئه ولما يلزم لذلك من التعويض ، والمحكمة تقدر خطأ الزوج وما يجبره من التعويض [2] ، ويمكن الحد من سلطة الزوج بشرط خاص يكون في عقد ترتيب أموال الزوجين ، كأن يكون للزوجة مبلغ معين تقبضه سنويًّا تتصرف فيه لنفسها ، ويجوز اشتراط استعمال ثمن المنقول الذي للزوج بيعه في مشترى أشياء بدلًا عنه ، وإلزام الغير بأنه إذا لم يتم المشترى يكون عقد التمليك باطلًا . كذلك يمكن انتزاع حق إدارة أملاك المهر من يد الزوج بشرط صريح في العقد [3] .

ضمان خاص لحفظ ورَدّ المهر :

لحفظ أعيان المهر وردّها وضع القانون قواعد لإثباتها وتحقيقها :

أولًا : عدم قابلية أعيان المهر العقارية للتمليك ، فلا يجوز للمرأة المتزوجة - حتى مع إذن زوجها - تمليك عقارها الذي جعل مهرًا ، أو إعطاؤه ضمانًا لدائنيها .

فالزوجة ممنوعة قانونًا من بيع ، أو هبة ، أو استبدال ، أو صلح ، أو تعريض للخطر ، أو حكر ، أو ترتيب حق عيني على عقارها المهر [4] .

ويجوز للمرأة مباشرة الأعمال الآتية في المهر :

1 - قسمة العقار المهري غير القابل للقسمة - ولو بطريق التراضي - لأن القسمة عمل إظهاري لا إيجادي وتمليك .

---

(1) قاعدة : يجوز للزوج تمليك المنقول الذي يشتمل على المهر ، ولا يجوز له التنازل عن الإيراد للغير ولا عمل مخالصة بدون قبض (مدني فرنسي) .

(2) قاعدة : الزوج يكون ضامنًا لغلطه وخطئه ولما يلزم لذلك من التعويض والمحكمة تقدر خطأ الزوج وما يجبره من التعويض (مدني فرنسي) .

(3) قاعدة : للزوجة الحق في انتزاع حق إدارة أملاك المهر من يد الزوج بشرط صريح في العقد (مدني فرنسي) .

(4) قاعدة : لا يجوز للزوجة بيع ، أو هبة ، أو استبدال ، أو صلح ، أو تعريض للخطر ، أو حكر ، أو ترتيب حق عيني على عقارها المهر (مدني فرنسي) .

2 - الوصية ، فيجوز للمرأة المتزوجة ترتيب عقارها بالوصية .

3 - حق الامتياز للشريك حال القسمة ، وللمتعهد والمهندس حال البناء والتعمير فيكون لهما حق الامتياز القانوني .

وليس للزوج التنازل عن ريع أو إيراد الأملاك المخصصة للمهر قبل القبض ما دام المنزل محتاجًا إليها . وأما بعد القبض ودخولها في ملكيته واختلاطها بأملاكه فلا مانع .

ويبدأ عدم قابلية أعيان المهر للبيع من وقت إمضاء عقد ترتيب أملاك الزوجين ، ويستمر ما دام الزواج قائمًا ، حتى ولو تفرق الزوجان ماليًا . وينتهي بانتهاء الزواج بالطلاق أو الوفاة .

ثانيًا : عدم قابلية أعيان المهر العقارية للحجز .

بمعنى أن المرأة إذا تعاقدت مدة الزواج ؛ فلا يجوز لدائنيها الحجز على عقارها المهري ؛ لأن تعاقدها لا يلزم المهر [1] ، وهي مخالفة ظاهرة للقاعدة العامة (إن المتعاقد يلزم أملاكه الحاضرة والمستقبلة بالوفاء) [2] ، وكذلك لا يجوز حجز إيراد المهر ولا ثمرته في حدود احتياج المنزل للنفقة - ويجوز حجز ما زاد عن ضروريات المنزل ويستمر عدم جواز الحجز مدة الزواج ، ولا يجوز الحجز على المهر بدين تعوقد عليه مدة الزواج ، ونفذ به بعد الزواج ، ولكن يجوز الحجز على المهر بما ثبت في الذمة بعد زوال الزواج بموت أو بطلاق .

فإن حصل الحجز فللمرأة المعارضة في ثلاثة أيام بعد إعلان الحجز وتحديد يوم للبيع ، فإن سكتت المرأة سقط حقها وجاز بيع المهر .

ويستثنى من عدم جواز بيع أعيان المهر العقارية أو الحجز عليها ما يأتي :

1 - الدين الذي ترتب في ذمة المرأة قبل الزواج حتى - ولو كان عرفيًا - متى كان ثابت التاريخ ، لصاحبه الحق في حجز وبيع أعيان المهر التي كانت مملوكة للمرأة قبل الزواج . وأما الهبة التي تعطى للمرأة بسبب الزواج فلا تدخل في ضمان الدين ، ولا يجوز حجزها ولا بيعها .

---

(1) قاعدة : المرأة إذا تعاقدت مدة الزواج فلا يجوز لدائنيها الحجز على عقارها المهري ؛ لأن التعاقد لا يلزم المهر (مدني فرنسي) .

(2) قاعدة : المتعاقد يلزم أملاكه الحاضرة والمستقبلة بالوفاء (مدني فرنسي) .

وأما الديون التي التزمت بها بين عقد ترتيب الأموال وإشهاد الزواج ففيها خلاف ، هل يباع فيها أعيان المهر أم لا ؟ .

2 - الدين الذي ترتب على ميراث استحقته الزوجة مدة الزوجية ، وكانت أملاكها المستقبلة مرتبة مهرًا ، فبمجرد الميراث دخل في أعيان المهر ؛ فيجوز لدائني التركة الحجز بديونهم وبيع المحجوز عليه مع كونه مهرًا وفاءً للدين .

إذا ارتكبت المرأة المتزوجة خطأ ترتب عليه ضرر الغير ، أوعملت عملًا غير قانوني وحكم عليها بتعويض ؛ جاز الحجز بما يحكم به على مهرها وبيعه [1] ، وكذا كل دين سببه القانون جاز الحجز به ، وبيع مهر الزوجة مثل الضريبة أو رسم نقل التكليف ومصاريف ونفقات محضِّر الدعاوي في قضية التفريق ؛ فله حق الحجز بها على أعيان المهر وبيعها .

لا يجوز الحجز تحت يد الزوج على إيراد العقار؛ لأنه غير قابل للحجز ، وكذا على ثمرة العقار كزرع الأرض ، إلا بمقدار ما يزيد عن حاجة المنزل ، إلا إذا كان سبب الدين ضروريات المعيشة .

اختلف العلماء في تعليل عدم قابلية أعيان المهر للتمليك . يقول بعضهم : إن هذا ناتج عن وضع المهر ، فهو خارج عن التجارة والتملك كالأملاك العامة للدولة . وقال بعضهم : إنه لعدم أهلية المرأة المتزوجة للتصرف من ناحيتين : زوجة ، وزوجة لها مهر حفظًا لها من زوج مهمل أو مفرط أو مبذر فوضعها القانون موضع العاجز عن أي تصرف حفظًا لثروتها . وقال بعضهم : إنه حفظ للمهر لصالح العائلة .

ويستثنى من عدم جواز التمليك ما يأتي :

أولا : من اتفاق الطرفين في عقد ترتيب أملاك الزوجية ، بحيث لو اشترط صريحًا على جواز بيع أعيان المهر جاز لهما ذلك حسب نص الشرط ، ويفسر بأضيق معانيه فيتقيد ذلك بالنص حرفيًا . وللزوجين اشتراط تعويض العقار المبيع بغيره واشتراط ضمان الزوج والمشتري ومسجل العقود . وكلهم مسئول قِبَل المرأة عن عدم القيام بتنفيذ الشرط .

---

(1) قاعدة : إذا ارتكبت المرأة المتزوجة خطأ ترتب عليه ضرر الغير ، أو عملت عملًا غير قانوني ، وحكم عليها بتعويض جاز الحجز بما يحكم به على مهرها وبيعه (مدني فرنسي) .

ثانيًا : من القانون ، فقد أباح القانون جواز تملك عقار المهر في عدة مواضع منها إعطاء مهر لولد الزوجين ، والرأي فيه للزوج فإن لم يقبل فلا تمليك ؛ لأن له السلطة الأبوية . فإن كان الولد المراد إمهاره من غير الزوج فيجوز تمليك عقار المهر إليه على أن يكون مهرًا بإذن الزوج ، فإن لم يأذن لجأت المرأة للقضاء ، وبإذنه جاز لها ذلك في الملكية المجردة ويبقى الانتفاع إلى الزوج .

ومنها التمليك بموجب قانون سنة 1919 إلى الجهات الخيرية ، أو مساعدة أبناء السبيل بإذن الزوج . فإن لم يأذن لجأت إلى القضاء ليأذن لها بشرط : أن تكون المرأة بلغت 45 سنة ، وأن لا يكون لها أولاد ولا أولاد أولاد وإن نزلوا .

ومنها البدل فيجوز للمرأة استبدال عقار المهر بعقار آخر مثله بإذن الزوج . فإن لم يأذن لجأت للقضاء ليأذن لها بشرط : أن يكون العقار المبدل مثل المبدل منه ، وأن يكون في البدل مصلحة فيصح البدل بإذن القضاء ، لكن يقع على الملكية المجردة ، وللزوج حق الانتفاع محفوظًا لصالح العائلة .

ويجوز تمليك العقار لإخراج أحد الزوجين من السجن ، أو لدفع دين العائلة ، أو المرأة قبل الزواج ، أو لإصلاح باقي عقار المهر ويشترط لصحة التمليك : أن يكون بإذن المحكمة ، وأن يعلن عنه ثلاث مرات ، وأن يكون بالمزاد العلني .

ثالثًا : عدم قابلية المهر للتملك بمضي المدة . معلوم أن العقار يتملك بمضي 10 أو 20 سنة بوضع اليد بسند ملكية وبحسن نية ، أو 30 سنة إذ تخلف شرط منهما . فلو وضع أحد يده على عقار المهر هذه المدة لا يصبح مالكًا ؛ لأن العقار المهري لا يتملك بوضع اليد المدة الطويلة ، وكذلك الحقوق العينية لعقار المهر [1] أو عليه لا تتملك ولا تسقط كذلك ، ويستثنى من عدم قابلية المهر للتملك بوضع اليد المدة الطويلة ثلاثة أشياء :

أولًا : إذا كان قد شرط في عقد ترتيب أموال الزوجين أن المهر يتملك بمضي المدة .

ثانيًا : إذا كان وضع اليد ابتدأ قبل الزواج وقبل جعله مهرًا .

ثالثًا : من وقت صدور الحكم بالتفريق المالي بين الزوجين فيسري وضع اليد من هذا التاريخ . وبما أن المهر غير قابل للتملك فلو ملكه أحد الزوجين فحكمه ما يأتي :

(1) قاعدة : العقار المهري لا يُتملك بوضع اليد لمدة طويلة ، وكذا الحقوق العينية لعقار المهر إلا بالشروط .

أولًا : ملكت المرأة عقار المهر بإذن زوجها فإن هذا التمليك باطل بطلانًا عامًّا ، أو خاصًّا خلاف . والمرأة صاحبة الحق في رفع الدعوى لبطلان العقد ، وإذا كان المشتري لم يدفع الثمن فله الحق في الامتناع ؛ لأن المبيع لا يتملك ، والحكم الصادر ببطلان التمليك ينص على إرجاع العقار المهر إلى حالته التي كان عليها قبل البيع بدون ترتيب أي حق للغير عليه . وللمشتري حق الرجوع على المرأة في مالها غير المهر وعلى الزوج بتعويض . وبطلان هذا التمليك ينتهي بأحد أمرين : إما بتصحيح التصرف المذكور من المرأة بعد انحلال الزواج ، وإما بمضي المدة عشر سنين فيصبح بعد هذين الأمرين أو أحدهما تمليك المرأة للغير صحيحًا ، وتبتدئ المدة من يوم انحلال الزوجية .

فإن ملكت الزوجة الغير بدون إذن الزوج فتمليكها باطل بطلانًا خاصًّا للزوج حق رفع دعوى البطلان ، وتسقط بانحلال الزوجية الذي يبتدئ من فسخ الزواج .

ثانيًا : ملك الزوج عقار المهر للغير فتمليكه باطل بطلانًا خاصًّا . وللزوجة رفع دعوى البطلان ، أو الاسترداد خلاف . والصحيح أنها دعوى الاسترداد ؛ لأنه باع ما يملك الغير ، وتسقط الدعوى بمضي 10 أو 20 أو 30 سنة حسب المعتاد من يوم فسخ الزواج .

المهر المنقول :

لم ينص القانون على عدم جواز تمليكه من عدمه . ولكن المتشرعين أجمعوا على عدم جواز تمليك المهر المنقول من الزوجة ، وجواز تمليكه من الزوج من أي نوع جسماني أو غير جسماني ، وذلك بغير إذن الزوجة للزوج ، وحتى ولو أذن لها الزوج ،والمراد بالمهر المنقول هو قيمته في ذمة الزوج حيث يجب رد قيمته فليس للزوجة سوى المديونية في ذمة زوجها .

ومعنى عدم جواز تمليك الزوجة للمنقول المهر هو عدم أهليتها لعمل ما يأتي قانونًا :

1 – التنازل عن حقها في مديونية زوجها بقيمة المنقول من المهر للغير .

2 – إعطاء الدائنين الحق في حجز المنقول من المهر تحت يد الزوج .

3 – التنازل عن الرهن القانوني للغير ، أو لزوجها الذي هو ضمان لرد القيمة بعد فسخ النكاح .

تفريق الأموال القضائي :

نظام المهر قد أحاطه القانون بضمانات كثيرة لحفظه ورده للزوجة بعد نهاية الزواج ؛ ولكن قد يتصرف الزوج في ريع المهر بما لا يتحقق الغرض منه أو يهمله إهمالًا كليًا ؛ فللزوجة إذن حق طلب تفريق الأموال القضائي .

وأسباب طلب التفريق وطريقة الدعوى هو ما مر في الأنظمة السابقة حرفًا بحرف .

نتيجة تفريق الأملاك في نظام المهر :

يمكن تلخيصها في قاعدتين :

الأولى : تحل الزوجة محل زوجها في إدارة أملاك المهر والانتفاع بها [1] .

فيكون للزوجة الحق في إدارة أملاكها أكثر من المرأة المفصولة أملاكها اعتياديًا من زوجها ، فتقبض كل حقوقها ، وتؤجر أملاكها ، وهي التي تباشر كل عمل قضائي ماعدا المرافعة فتكون بإذن الزوج أو القضاء ، وهي التي تتمتع بإيرادها وريع مهرها فتوفر منه ما تشاء لنفسها ، وما تشتريه بهذا يدخل في أموالها الخاصة .

الثانية : بقاء ضمانات المحافظة على أعيان المهر وإرجاعه بالرغم من التفريق المالي القضائي ، فإن الزوجة لا تزال تحت سلطان زوجها فيجب إبقاء المحافظة عليها حتى بعد فصل أملاك المهر .

وعلى ذلك يبقى الملك قسمين : مهر ، وملك خاص بعد التفريق وكلما تملكت شيئًا عاد إلى أصله حسب عقد ترتيب أموال الزوجين .

فإن كان المهر في أملاكها الحاضرة والمستقبلة ؛ فكل الذي يؤول إليها يضم إلى المهر . ويبقى أصل عدم جواز حجز أموال المهر العقاري وعدم جواز تمليكها ، فلا يجوز لأي دائن الحجز على أموال المهر ولا رهنها ولا بيعها ، ويمتد عدم جواز الحجز إلى إيراد عقار المهر فلا يجوز الحجز عليه إلا فيما زاد عن حاجة العائلة . فإن كان الحجز بدين ثمنًا لضروريات الحياة والمعيشة جاز على كل الإيراد . أما المهر المنقول سواء أكان جسمانيًا أم أدبيًا ؛ فليس للمرأة حق التصرف فيه ولو مع إذن

---

(1) قاعدة : للزوجة الحق أن تحل محل زوجها في إدارة أملاك المهر والانتفاع بها .

الزوج ، وينقطع عدم التملك بوضع اليد المدة القانونية فيبتدئ سريان المدة من وقت التفريق المالي ، وبذلك يمكن للغير تملك العقار أو تملك حق عيني عليه بمضي المدة من وقت التفريق . كذلك يبتدئ سقوط حق الدعوى من تاريخ التفريق إذا كانت معلقة على ذلك . والتفريق الجسماني يبقي عدم أهلية المرأة في التصرف في المهر كما توضح في هذا الباب .

نظام أملاك المرأة الخاصة :

مال المرأة الخاص قسمان : مالها الخاص الخالص ، ومالها الذي يحتوي على شيء من المهر . فمالها الخاص الخالص : هو الذي ليس مهرًا ولا يحتوي على أي قيمة مهرية ، وهو المال الاعتيادي ، ودائمًا المال الخاص للزوجة هو القاعدة والمهر هو الاستثناء .

المرأة تنتفع بغلة وثمرات أملاكها الخاصة ، وتشترك في نفقات العائلة حسب شرط العقد ، فإن لم يكن شرط فعليها في النفقات إلى 3/1 إيرادها .

المرأة تدير أملاكها ولها تمليك المنقول والتعاقد للإيجار وما يلزم للإدارة بدون إذن الزوج أو القضاء . أما التقاضي أو تمليك العقار ، فيجب إذن الزوج أو القضاء .

تداخل المهر في مال الزوجة الخاص ، وذلك كأن اشترى الزوج من إيراد المهر شيئًا لزوجته فهو خاص ولكنه من ريع المهر ، أو اشترت المرأة عقارًا بعد التفريق المالي من ريع مهرها فليس بمهر ، وإنما هو خاص دخل فيه المهر .

إدارة هذه الأملاك الخاصة التي تداخل بها المهر للمرأة وإيرادها لها بشرط أن تترك للزوج قيمة تعادل ما دخل فيه من المهر ، ويجوز للمرأة تمليكه بإذن الزوج بعوض وبغير عوض بشرط أن يتعهد المتملك بقيمة ما يعادل ما دخل فيه من المهر في التمليك بغير عوض .

إرجاع المهر :

الحوادث التي تقتضي رد المهر إلى الزوجة ، متى حدث واحد من الأسباب الآتية جاز للزوجة استرجاع مهرها وهي :

1 – انحلال الزوجية بموت أحد الزوجين أو بالطلاق .

2 – التفريق الجسماني بين الزوجين .

3 - تفريق الأملاك القضائي .

4 - إعلان حالة الغيبة .

وعلى المرأة تقديم الدليل على ما قدمت من مهر ، فإن كان الدفع منها فما كان أقل من 150 فرنكًا تقبل فيه الشهادة ، وما زاد فلا ، وإن كان الدفع من الغير ؛ جاز إثباته بكافة الطرق .

ويفترض القانون أن الزواج الذي دام أزيد من عشر سنين يكون الزوج قبض المهر الموعود به بالفعل إلا إذا أقام الزوج الدليل على خلاف ذلك .

ومدة إرجاع المهر في العقار تكون مباشرة ، وفي المنقول لمدة سنة من تاريخ انحلال الزواج ؛ لأن الواجب رده هو القيمة وذلك في الوفاة أو الطلاق ، وأما في التفريق الجسماني أو القضائي ؛ فيجب رد المهر من غير أجل .

وفي رد القيم لا يُقبل من الزوج معارضة في تلف أو ضياع أو قوة قاهرة ؛ لأن القيمة وجبت في الذمة ، وفي رد العقار أو الأعيان التي بقيت على ذمة الزوجة ترد بحالتها التي هي عليها بدون تعويض إلا إذا كان أتلفها هو .

وتقسم الثمرة بين الطرفين في السنة الأخيرة بنسبة الشهور التي مضت مع قيام الزواج بينهما ، ولا فرق بين الثمرة الطبيعية ، أو الصناعية ، أو المدنية .

وللزوجة المتوفى عنها زوجها أن تنتفع بالتركة مدة سنة فيما يأتي :

أولًا : في لوازم المعيشة بشرط أن تتنازل عن فوائد المهر في نفس هذه المدة .

ثانيًا : السكنى وثياب الحداد بدون احتساب فوائد المهر أيضًا .

شركة الملك التابعة لنظام المهر :

وهو اتفاق الطرفين على إيجاد أملاك مشتركة بينهما مناصفة تتكون من اقتصادهما ومن ثمرة أعيان المهر وما يفيض عنهما من نفقة المنزل بجوار نظام المهر .

وفائدته : أنه يحقق للطرفين حفظ الثمار وما تقتصده المرأة ، وهو يكوّن نظامين في زواج واحد : نظام المهر ونظام شركة أموال الزوجية ؛ ولهذا توجد صعوبات في تصفية هذا النظام ؛ فيجب اعتبار نظام الزوجين ، ونظام المهر ، وشركة الأموال تابعة له ، فتطبق جميع القواعد الخاصة بالمهر ماعدا تحديد أموال الشركة وكيفية

إدارتها وطريقة تصفيتها فيتّبع فيها ما اتّبع في شركة أموال الزوجية .

ويبقي نظام المهر من عدم جواز تمليكه وعدم تملكه بمضى المدة وعدم جواز الحجز عليه .

وللزوج إدارة أموال المهر والتمتع بثمراته وغلته إلا ما زاد وتوفر فعلى الزوج وضعه فى أموال الشركة للأملاك التابعة للمهر .

والأملاك الخاصة بالزوجة لها حق إدارتها والتمتع بإيرادها ، ولكن ما توفره منها الزوجة يدفع لشركة الأملاك التابعة للمهر .

ويتكون مال الشركة في الأملاك التابعة للمهر من :

1 - غلة الصناعة الخاصة بكل واحد من الزوجين ، ومن ادخارهما من إيرادات وثمار أملاكهما الخاصة .

2 - أملاكها بعوض مدة الزوجية .

ويتكون ما على الشركة من الالتزامات التي تعاقد عليها الزوج وما تعاقدت عليها الزوجة بإذن الزوج متى كان خاصًا بالشركة ، وإلا فعلى من تعاقد تعويض للشركة حيث كان الالتزام لملك خاص .

وإدارة الشركة من حق الزوج ؛ فلا تسلب منه بشرط ولا باتفاق ، ومتى انحل الزواج فالشركة تبع له ، وتسري عليها أحكام شركة الأملاك الزوجية في تصفيتها [1] .

بند [2] نظام الزواج في التشريع الإسلامي

التشريع الإسلامي : الزواج في التشريع الإسلامي ليس له إلا نظام واحد ، وهو أن الزواج ينصب على معناه الحقيقي ، فلا علاقة له بالأملاك ، ولا بأهلية الزوجة ولا بتصرف الزوج [2] .

فلا سلطان للزوج على مال زوجته إلا في حدود الحقوق العامة إذا بذرت أو أسرفت ، أو تصرفت بدون عوض فيما زاد عن الثلث في مذهب الإمام مالك ،

(1) انظر : البنود من 1540 إلى 1581 ، في الباب الثالث ، من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 42 - 51 .

(2) قاعدة : لا علاقة للزواج بالأملاك ولا أهلية الزوجة .

ولا تشاطر المرأة زوجها في نفقات المنزل والعائلة وجوبًا ، فإن تبرعت كان ذلك من حسن العشرة من جانبها . فإن كان الزوج فقيرًا وهي موسرة ولها منه أولاد وجب عليها القيام بالنفقة على أن يكون دينًا على الزوج متى أيسر .

وعلاقة الزوج بالمهر كعلاقة أي أجنبي من الزوجة . فمتى فرضه على نفسه وجب عليه أداؤه لها كله بعد الدخول [1] فإن كانت الفرقة قبل الدخول [2] فعليه نصف ما فرض [3] ولها مقاضاته للحصول على حقها منه ، ولا يجوز لدائني الزوج الحجر على أملاكها إطلاقًا إلا في حدود الأحكام العامة كما إذا كانت ضامنة له ، أو شريكة في المديونية [4] حتى ولو كان سبب الدين ضرورات الحياة ؛ لأن النفقة واجبة أصالة على الزوج فلا شأن لها بدين زوجها ، كذلك لا شأن للزوج بدين زوجته إلا في حدود التوكيل العرفي [5] مثلًا لمصلحة المنزل كما تقدم ذلك في نفقة الزوجة والأقارب .

وبما أن الزوجة بتنازلها عن حريتها الشخصية والتزامها طاعة زوجها قد حققت للزوج كل سلطته الزوجية وراحته في منزله حين يأوي إليه ، وقد قَصَرَتْ نفسها عليه خاصة من كل ناحية فكان عدلًا وجوب نفقة المنزل والأولاد على الزوج متى كان قادرًا على ذلك ، فهذا عدل مطلق سنته الشرائع السماوية ، وهو خير ألف مرة من تشريع أعرج أخذ كل حقوق المرأة وجعلها رقًّا للرجل بل وألزمها بنفقة المنزل وجوبًا مع زوجها [6] .

بند [3] نظرية عامة في المهر

القانون الفرنسي : للمهر معنى خاص وهو ما تحمله المرأة لزوجها بمناسبة الزواج

---

(1) اتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول ، أو الموت ، أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ﴾ النساء آية 20 . وأما وجوبه بالموت ، فلانعقاد الإجماع على ذلك . بداية المجتهد (31/2 ، 32) .

(2) قاعدة : وجب على الزوج أداء المهر للزوجة كله بعد الدخول بها ونصفه إذا كانت الفرقة قبل الدخول .

(3) اتفقوا أنه إذا طلق قبل الدخول ، وقد فرض صداقًا أنه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ بداية المجتهد (33/2) .

(4) قاعدة : لا يجوز لدائني الزوج الحجر على أملاك الزوجة إلا إذا كانت ضامنة له أو شريكة معه في المديونية .

(5) قاعدة : لا شأن للزوج بدين زوجته إلا في حدود التوكيل العرفي .

(6) يقول الدردير عن النفقة ووجوبها على الزوج فقط : « تجب نفقة الزوجة المطيقة للوطء حرة أو أمة ، بوئت الأمة بيتًا مع زوجها أم لا ، على الزوج البالغ حرًا أو عبدًا الموسر بها على قدر حاله » . الشرح الصغير جـ 2 ص 173 .

وهو خاص بالمرأة ، ومعنى عام وهو يشمل ما يعطيه شخص ثالث إلى الزوجين بمناسبة زواجهما . فالمهر إذن هو ما تحمله المرأة لزوجها من ملكية ، أو حق تمتع لمساعدته في تحمل عبء الزواج .

وفي القانون الروماني تجهيز البنت بمهر واجب على الأب : وفي القانون الفرنسي تجهيز البنت واجب أدبي .

طبيعة المهر :

المهر مركب من عمليتين : تمليك بدون مقابل وهو تمليك الأب لبنته مهرها ، وتمليك بمقابل وهو تمليك الزوجة لزوجها المهر نظير تعهده بمصاريف العائلة . وينتج عن ذلك :

أولًا : إذا مات الأب الذي دفع المهر لابنته وترك ميراثًا لورثته الذين من بينهم البنت الممهورة وجب على البنت الممهورة دفع قيمة مهرها للتركة .

ثانيًا : إذا زاد المهر المعطى لابنته عن حدود العطاء فللأب الحرية الكاملة في تنظيم الباقي للورثة خاصة ، وللورثة تنقيصه إلى ما يسمح به القانون .

ثالثًا : إذا تسبب عن إمهار بنت أن عجز أبوها الذي أمهرها عن دفع ديونه ، أو توقف أو زادت حالته في الديون ؛ فلدائني الأب المذكور استرجاع المهر بطريق (دعوى بولين) بدون احتياج لإثبات اشتراك البنت مع أبيها في ذلك ، لكن عليهم إثبات سوء نية زوج البنت الممهورة .

رابعًا : إذا أمهر تاجر بنته وكان متوقفًا عن الدفع ؛ فلوكيل الدائنين إبطال هذا التصرف باسم الدائنين ، وعلى الوكيل إثبات علم زوج البنت الممهورة بحالة أبيها .

نتائج دفع المهر في أنظمة الزواج المختلفة :

نظام شركة أموال الزوجية :

1 – دفع المهر لولد أحد الزوجين من فراش سابق ، يعتبر المهر المدفوع دينًا خاصًا على دافعه ، فإذا كان مدفوعًا بمساعدة أموال شركة الزوجية فعلى والد الولد الممهور تعويض الشركة .

2 – دفع المهر لولد مشترك : يلاحظ أن إمهار ولد مشترك ليس من لوازم شركة

أموال الزوجية ، وإنما هو دين خاص يتحمل كل واحد من الزوجين نصيبه فيه في أملاكه الخاصة ، فإن اشتركا في دفعه واتفقا على حصة كلٍّ فبها ، وإن لم يتفقا فعلى كل واحد النصف ، فإن دفعه الزوج فقط فيفرض القانون أنه دفعه من الشركة ، وإن دفعه من ماله الخاص فيرجع بتعويض على الشركة ، وإن دفعه أحدهما من ماله الخاص وأعلن ذلك فهو عليه في ماله الخاص .

نظام المهر :

متى دفع الزوجان مهرًا لولدهما من غير تمييز لما يتحمله كل واحد اعتبرا مشتركين . فإذا قدمه الأب فقط قيامًا بحقوق الأبوة والأمومة فالأم ليست ملزمة بشيء ولو حضرت وقت تحرير العقد والأب هو الملزم به فقط .

فإن قدمه من بقي حيًّا من الأبوين اعتبر من نصيب الولد في ميراثه ، وما زاد ففي نصيب من قدم المهر .

التزامات مقدم المهر :

يلتزم دافع المهر بأمرين :

أولًا : دفع الفوائد : متى كان المهر مبلغًا من المال ولم يُدْفع للزوجين وجب على مقدِّمه دفع الفوائد من يوم الزواج ؛ لأن المهر مخصص للمساعدة في نفقة العائلة حتى ولو كان المهر لم يحل أجله للدفع إلا لشرط صريح ينفي هذا .

ثانيًا : ضمان المهر : يجب على معطي (مقدم) المهر ضمان ملكية ووضع اليد للزوجين للانتفاع بالمهر ، فإن استحقه أحد أو لحقه أي حق للآخرين رجع الممهور على المعطي بما يعوضه بكل ما أصابه من ضرر بسبب هذا ، وإنه وإن خالف القانون العام فى أن المعطي يضمن الضرر الذي يأتي من ناحيته فقط ، إلا أن الغرض حفظ حق العائلة ضمانًا لما تسد منه حوائجها [1] .

بند [4] المهر

التشريع الإسلامي : المهر في التشريع الإسلامي : ما يدفعه الزوج أو وليه أو وصيه

(1) انظر : البنود من 1540 إلى 1581 ، في الباب الثالث ، من الكتاب الخامس ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الثاني ، ص 42 - 51 .

إلى الزوجة بمناسبة الزواج نظير [1] تنازل الزوجة عن حريتها العامة ، ولزومها طاعة زوجها ، أو ثمنًا وتعويضًا لما يتمتع به الزوج منها مما وهبه اللّه للأنثى لتكون من الزوجين عائلة ، أو تعويضًا للمرأة عن ضعفها في الحياة العملية وطلب الرزق .

ومهما قيل في تعليله فقد شدد المشرع في لزوم المهر في الزواج ، فقرر أن الزواج إذا عقد على عدم المهر فيه فهو فاسد يفسخ قبل الدخول [2] ويثبت بعده بمهر المثل [3] كما إذا استحق كله أو تعَيّب ؛ فإن الزوج ملزم بالقيمة أو بالمثل على تفصيل في ذلك .

وقد يتجوز في معنى المهر فيطلق على ما يعطيه أب الزوج له أو أب الزوجة لها قبل عقد الزواج أو بعده ، ولكنهم يطلقون عليه اسمًا خاصًّا اصطلاحًا فيسمى (نِحْلَة) .

فالنحْلَة ما يعطيه والد الزوج لولده في عقد نكاحه ، أو والد الزوجة لابنته في عقد نكاحها ، وينعقد النكاح على ذلك . فإذا وقع ذلك فهي لازمة للناحل (المعطي) في ماله وذمته ، يؤخذ بها في حياته وبعد مماته لا يبرئه منها إلا الأداء ، فإن مات الأب قبل أن تحاز فالنحلة صحيحة نافذة على القول المختار ، فإن ماتت المنحولة فمن حق الزوج ميراثه في النحلة .

فالمهر ملك خاص للزوجة تتصرف فيه كما تشاء في تجهيز نفسها حسب العرف والعادة ، وللزوج الخيار في البقاء أو الطلاق قبل الدخول إذا لم تجهز نفسها حسب قيمة الصداق ، وحسب العرف والعادة في مثل ذلك .

وليس الأب ملزمًا شرعًا بتجهيز ابنته من ماله الخاص ، بل هو ملزم بتجهيزها

---

(1) المهر الواجب للزوجة ليس في نظير شيء مما ذكره المؤلف ، وليس عوضًا عن شيء من ذلك ، لأن الزواج ليس من عقود المعاوضات ، وإنما وجب المهر هبة للزوجة طبقًا لما دل عليه نص قوله تعالى في سورة النساء : ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ﴾ .

(2) قاعدة : الزواج إذا عقد على عدم المهر فيه فهو فاسد يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل وهذا هو مذهب المالكية الذين رأوا أن اشتراط عدم المهر يفسد النكاح ، وهو مذهب ابن حزم وبعض الشافعية . أما الأحناف والحنابلة وجمهور الشافعية فلا يبطل الزواج عندهم بهذا الشرط ، وهو ما يستند إلى قوله تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ ﴾ (البقرة : 236) . وطبقًا لهذا الرأي يصح الزواج ولو لم يسم المهر . انظر فتح القدير 205/3 ، والمحلى 516/9 والمغني 712/6 وبداية المجتهد 16/2 وحاشية الدسوقي 303/2 وبلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي 414/1 .

(3) الاتفاق على إسقاطه مفسد للعقد . الشرح الصغير (97/2) .

من صداقها وجوبًا ومن مالها إذا احتاجت لا من ماله ، فإن ذلك مستحب مرغب فيه ، أو سمه واجبًا أدبيًا وهو مأخذ التشريع الفرنسي .

فإن جهز الأب ابنته وأدخلها بيت زوجها ، ثم بعد الدخول ادعى أنه أعارها هذا الجهاز ، فإن كان قبل مضى سنة أو أشهد على ذلك قُضِي له به ، ثم ينظر في الباقي فإن كان بقدر صداق الزوج فبها وإلا قضى على الأب بجهاز المثل لابنته .

طبيعة المهر :

المهر المعروف المقدم من الزوج أو من وليه للزوجة تأخذه نظير عوض ، وهو جواز التمتع والقصر على منفعة الزوج . ولذلك كان للزوجة الحق في منع نفسها من طاعة زوجها ، أو تمكينه منها ، أو السفر معه إذا أراد انتقالها مادام الزوج لم يدفع مهرها ، أو ما عُجِّل لها منه ، ويكون امتناعها بحق ، ولا تجبر على ذلك قضاء [1] .

فإن أدى الزوج المهر المعجل ، أو ما حل منه لزوجته أجبرت على طاعته وعلى تسليمها نفسها له ؛ لأنها قبضت العوض ، ولا يملك الزوج من المهر شيئًا إلا حق الانتفاع بجهاز زوجته الذي اشترته من صداقها ، ولكن لا يملك التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرف إلا بإذنها [2] ، كأي شخص أجنبي منها .

ولا دخل للزوجة في مصاريف العائلة ، ولا نفقة أولاده منها مادام الزوج قادرًا على ذلك حسب قدرته ، وقد تقدم ذلك في باب النفقة فارجع إليه إن شئت .

وينتج عما سبق ما يأتي :

أولًا : إذا مات الأب الذي جهز ابنته البكر وأدخلها به على زوجها ، فلا حق للورثة في هذا الجهاز الذي جهزها به أبوها من ماله زيادة على حقها في ميراثها منه [3] ؛ لأنها هبة حازتها الموهوب لها ، وكذلك تختص به دون الورثة إذا أشهد

---

(1) قاعدة : للزوجة الحق في منع نفسها من طاعة زوجها ، أو تمكينه منها ، أو السفر معه إذا أراد انتقالها مادام الزوج لم يدفع مهرها ، أو ما عجل لها منه ، ويكون امتناعها بحق ولا تجبر على ذلك قضاء .

(2) قاعدة : لا يملك الزوج من المهر شيئًا إلا حق الانتفاع بجهاز زوجته الذي اشترته من صداقها ، ولكن لا يملك التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرف إلا بإذنها .

(3) قاعدة : إذا مات الأب الذي جهز ابنته البكر وأدخلها به على زوجها فلاحق للورثة في هذا الجهاز الذي جهزها به أبوها من ماله زيادة على حقها في ميراثها منه .

الأب بذلك لابنته ، ولا يضر بقاؤه بعد ذلك تحت يده ، وكذلك تختص به دون الورثة إذا اشتراه الأب من ماله ووضعه عند أمها أو زوجة أبيها ومات وهو منسوب للبنت بإقرار المورث أو بالبينة . والأم كالأب في هذه الأحكام .

ثانيًا : ليس للعطاء أو الهبة حد محدود كالوصية فلو أعطى أب لابنته نصف ما يملك ، ولم يكن مدينًا ، وجهزها به مثلًا وقبضته ؛ فليس له الحق في الرجوع عليها بشيء (إلا في مسائل الاعتصار) [1] من الولد في باب الهبة (تراجع الهبة) [2] .

ومسألة تنظيم الميراث بين الورثة قبل الوفاة لا يكون لأحد ؛ لأن المشرع السماوي حدد نصيب كل واحد ، وإن أجازه قانون الوصية الجديد ، وأما مسألة تخصيص بعض الورثة بشيء من مال المورث قبل الوفاة ففيها خلاف ، هل يجوز لأنه تصرف المالك فيما يملك . أو لا يجوز ؛ لأنه حرمان في الواقع للوارث من حقوقه كاملة . وسيأتي بحث ذلك في موضعه .

وليس للوارث تنقيص قيمة الصداق الذي دفعه المورث لولده لتجهيزه في الأحوال الماضية ، متى أدخل الجهاز في بيت الزوج ، أو أشهد أن هذا الجهاز لابنته ، أو أودعه عند الأم على ذمة ابنته مثلًا ، مهما كانت قيمة هذا الصداق .

---

(1) تناولت المادة 500 من القانون المدني المصري موضوع الرجوع في الهبة ، وهو ما تناولته المادة 620 من التقنين العراقي التي تنص على أن : « للواهب أن يرجع في الهبة برضا الموهوب له فإن لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول ، مالم يوجد مانع من الرجوع » .

وكذلك المادة 576 من التقنين الأردني التي تنص على مايأتي :

1 - للواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له .

2 - وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له ، فان لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند إلى سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع .

وهو ما تناولته المادة 537 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 - لا يجوز للواهب الرجوع في هبته ، إلا الأبوين فيما وهباه لولدهما .

2 - ومع ذلك يجوز في غير هذه الحالة الرجوع في الهبة بترخيص من القضاء إذا استند الواهب في ذلك إلى عذر مقبول . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 165 .

(2) يقول ابن رشد : « ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة وهو الرجوع فيها . فذهب مالك وجمهور علماء المدينة أن للأب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن ، أو لم يستحدث دينًا ، أو بالجملة مالم يترتب عليه حق للغير » . بداية المجتهد جـ 2 ص 332 ، الشرح الصغير جـ 2 ص 339 .

ثالثًا : إذا تسبب عن إمهار بنته أن عجز أبوها الذي أمهرها عن دفع ديونه ، أو توقف عن الدفع ، أو زادت حالته في الديون بطلت الهبة وجاز لدائني الأب استرجاع المهر لسداد ديونهم ؛ لأن إحاطة الدين بمال الواهب تمنعه من التبرع [1] ، والإمهار تبرع . ولو كانت الإحاطة بعد عقدها فالمراد ثبوت دين محيط على الواهب كان سابقًا على الهبة أو لاحقًا ، فمن أحاط الدين بماله ليس له التبرع .

وعلى الدائنين إثبات إحاطة الدين بأب الممهورة وإثبات دينهم دون سوء نية البنت أو زوجها فلا دخل لهما في ذلك [2] .

رابعًا : إذا أمهر تاجر بنته وكان متوقفًا عن دفع ديونه كان التصرف باطلًا ، أو موقوفًا على إجازة الدائنين ؛ لأنه تصرف بلا مقابل ، و المدين ممنوع من ذلك خصوصًا المتوقف عن الدفع ؛ لأنه في حكم المفلس حقيقة ، فتصرفه مضيع لحقوق الدائنين فيمنع منه ، ويحكم ببطلانه ، ورد ما دفعه إذا فعل ، أو يوقف على إجازة الدائنين .

---

(1) قاعدة : إحاطة الدين بمال الواهب تمنعه من التبرع .

(2) تناولت المادة 237 من القانون المدني المصري حق الدائنين في منع المدين من التصرفات الضارة بهم وهو ما تناولته المادة 263 من التقنين العراقي ، والمادة 310 من التقنين الكويتي .

وكذا المادتان 370 ، 371 من التقنين الأردني . فالمادة 370 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا أحاط الدين حالًا أو مؤجلا بمال المدين بأن زاد عليه أو ساوى فإنه يمنع من التبرع تبرعًا لا يلزمه ولم تجر العادة به . وللدائن أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه » . والمادة 371 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا طالب الدائنون المدين الذي أحاط بماله ديونهم فلا يجوز له التبرع بماله ، ولا التصرف فيه معاوضة ولو بغير محاباة . وللدائنين أن يطلبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه في حقهم ، ولهم أن يطلبوا بيع ماله والمحاصة في ثمنه وفقًا لأحكام القانون » .

وأسس دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة في حق دائنيه قائمة في الفقه المالكي ؛ ففي هذا الفقه تتقيد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله حتى قبل الحجر ، فلا تسري في حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم التي صدرت منه قبل أن يحجر عليه الحاكم ، ويجب لذلك توافر الشروط الآتية :

أولًا : أن يكون المدين قد أحاط الدين بماله ، وذلك بأن تكون ديونه ، الحالة منها والمؤجلة ، أزيد من ماله أو مساوية له (الخرشي جـ 5 ، ص 263 . حاشية الدسوقي جـ 3 ص 262 ، 263) .

ثانيًا : أن يكون المدين عالمًا وقت التصرف بأن الدين محيط بماله (الحطاب جـ 5 ص 35) .

ثالثًا : أن يكون التصرف الصادر من المدين ضارا بحقوق الدائنين ، فلا يسري في حقهم إذا كان تصرفًا مفقرًا يجرد المدين من ماله دون مقابل ، ويكون سببًا في إعسار المدين أو زيادة إعساره (حاشية الدسوقي جـ 3 ص 262 ، 263 الخرشي جـ 5 ص 263 و 264 و 265) . (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 5 ص 181 و 192) . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 79 .

دفع المهر للولد يعتبر من أملاك الدافع الخاصة إلا إذا كان موكلًا من غيره في الدفع فلا شركة في الأموال بين الزوجين [1] .

التزامات مقدم المهر :

يلزم دافع المهر شيء واحد ، تسليم المهر متى كان حالًّا خاليًا من حقوق الغير لتضع الزوجة يدها عليه ملكًا خالصًا لها ، وإليك أحكام الصداق .

أحكام الصداق :

أولًا : ضمانه إذا ضاع الصداق المعين . فإن قامت على ضياعه بينة فلا يخلو

1 - أن يكون النكاح صحيحًا وقامت على ضياعه بينة ؛ فالضمان من الزوجة بمجرد العقد ، ولا ترجع على الزوج بشيء منه ، بل يضيع عليها سواءٍ كان في يده أو يدها .

2 - أن يكون النكاح فاسدًا فلا تضمنه الزوجة إلا بالقبض فإذا لم تقبضه فلا ضمان عليها .

وهذا كله ما لم يحصل طلاق قبل الدخول ، فإن حصل قبل الدخول طلاق والفرض أنه قامت على هلاكه بينة ؛ فإن الضمان يكون منهما ، بمعنى أن من تلف من يده لا يرجع الآخر بحصته .

وإن لم تقم على هلاكه بينة وكان مما يغاب عليه فلا يصدق من ادعى ضياعه بل يكون ضامنًا له . فإن حصل طلاق قبل الدخول في هذه الحالة فضمانه ممن هو في يده ، فمن ضاع في يده يغرم للآخر حصته [2] .

ولا فرق في الفاسد بين أن يكون فاسدًا لصداقه أو لعقده . وقال بعضهم : إن كان الفساد للعقد فقط كان الضمان بالعقد كالنكاح الصحيح .

ثانيًا : تلفه : إذا تلف الصداق وكان مما يغاب عليه ولم تقم على التلف بينة

(1) قاعدة : دفع المهر للولد يعتبر من أملاك الدافع الخاصة إلا إذا كان موكلًا من غيره في الدفع ، فلا شركة في الأموال بين الزوجين .

(2) إن هلك الصداق بعد العقد كما لو مات ، أو حرق ، أو سرق ، أو تلف من غير تفريط أحد من الزوجين ، وثبت هلاكه ببينة ، أو بإقرارهما عليه كان مما يغاب عليه أو لا ، كان بيد الزوج ، أو الزوجة ، أو غيرهما ، أو لم تقم على هلاكه بينة ، وكان مما لا يغاب عليه منهما معًا ، فلا رجوع لكل منهما على الآخر ، ويحلف من هو بيده أنه ما فرط . وإن كان مما يغاب عليه ، ولم تقم على هلاكه بينة فيغرم الذي كان بيده النصف لصاحبه . الشرح الصغير (103/2) .

فضمانه ممن تلف في يده ، كان الزوج أو الزوجة [1] . فإن كان بيد الزوج وادعى ضياعه وكان قد دخل بها ضمن لها قيمته إن كان مقومًا ، ومثله إن كان مثليًا ، وإن كان بيد الزوجة المدخول بها ضاع عليها ولا يطالب الزوج بشيء .

فإن كانت طلقت قبل الدخول وكان المهر بيد الزوج وادعى ضياعه ؛ فإنه يضمن لها قيمة النصف أو مثله ، وإن كان بيد الزوجة ؛ ضمنت قيمة النصف أو مثله للزوج كذلك .

ثالثًا : استحقاقه [2] إما أن يكون الصداق معينًا واحدًا ، أو متعددًا ، أو غير معين . وغير المعين إما مثلي ، أو غير مثلي .

1 - فإن كان الصداق معينًا وكان واحدًا ؛ فإن استُحِقَّ جميعه رجعت عليه بقيمته ، وإن استُحِقَّ بعضه فإن كان عقارًا كدار بعينها مثلًا ، فإن كان الجزء المستَحَقّ يوجب ضررًا بأن كان أزيد من الثلث كان لها الخيار بين أن ترد الباقي وتأخذ القيمة ، أو لا ترده وترجع على الزوج بقيمة ما استُحِقَّ ، وإن كان الجزء المستحَقُّ الثلث أو كان شيئًا تافها لا ضرر فيه رجعت بقيمة ما استُحِقَّ فقط .

2 - وإن كان الصداق معينًا متعددًا كعبدين ، أو فرسين ، أو ثوبين معينين ، ثم استحق منه جزء قل أو كثر ولو 3/2 كان لها الخيار بين أن ترد الباقي وترجع بقيمة الجميع ، وأن لا ترده وترجع بقيمة ما استحق .

3 - وإن كان الصداق غير معين ؛ فإن كان مقومًا رجعت عليه بالقيمة ، وإن كان مثليًا رجعت عليه بالمثل ، ولا يفسخ النكاح في كل ما تقدم .

رابعًا تعيُّبه : إذا اطلعت الزوجة على عيب في الصداق ، وكان هذا العيب قديمًا أي موجودًا فيه عند الزوج ؛ كان لها الخيار بين الرد وأخذ القيمة والتمسك به كما قبضته والرجوع بقيمة العيب ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون العيب قليلًا أو كثيرًا ، ولا بفسخ النكاح على أي حال .

فإذا قبض الولي صداق من في حجره لا يجوز له أن يدفع لها مهرها عينًا . فإن فعل ذلك فإنه يضمنه للزوج ليشتري به جهازًا ، وتبرأ ذمة الولي بأحد أمور ثلاثة :

أولًا : أن يشتري به جهازًا يصلح لها ، وتشهد البينة بدفعه لها ومعاينة قبضها له ولا يحتاج لإقرارها بالقبض .

---

(1) قاعدة : إذا تلف الصداق وكان مما يغاب عليه ، ولم تقم على التلف بينة ، فضمانه ممن تلف في يده كان الزوج أو الزوجة .

(2) الشرح الصغير (103/2) .

ثانيًا : أن يشتري الجهاز ويحضره لقاصرته ببيت دخلتها ، وتعاينه البينة أنه وصل إليه .

ثالثًا : أن يشتري الجهاز ويوجهه إلى بيت دخلتها بعد تقويمه ومعاينته ولا تفارقه البينة حتى يوجه إلى بيت البناء وإن لم تصحبه البينة إلى البيت ، ولا تسمع دعوى الزوج أنه لم يصل إلى بيته بعد هذا [1] .

---

(1) راجع أحكام الصداق مفصلة كاملة في : الشرح الصغير جـ 2 ص 97 ، 98 ، 99 . بداية المجتهد جـ 2 ص 18 وما بعدها ، الكافي لابن عبد البر ص 251 .

نتيجة المقارنات

يختلف التشريعان فيما يأتي :

نظام المهر - تكوين المهر - حقوق الزوج على أعيان المهر - ضمان خاص لحفظ ورد المهر - تفريق الأموال القضائي - نظام أملاك المهر الخاص - إرجاع المهر - شركة الملك التابعة لنظام المهر - نظرية عامة في المهر .

القسم الثامن

الكتاب الأول

بند [5] الميراث

القانون الفرنسي : بين الميراث ونظام الزواج علاقة ؛ فبالوفاة ينتهي الزواج وتقسم التركة فيوجد الميراث .

للميراث معنيان :

أولًا : نقل ملكية أملاك المتوفى إلى الوارث .

ثانيًا : نفس الأعيان الموروثة من الشخص المتوفى وهذا المعنى يعادل الوراثة .

للوراثة طريقان :

الأول : الطريق الطبيعي وهو وراثة بالقانون ، وهو ما يتم بعد الوفاة من استحقاق كل وارث نصيبه المقدر قانونًا .

والثانى : بطريق الوصية وهو ما يرتبه المالك حال حياته لينفذ بعد وفاته ، أو هو إرادة المالك حال حياته تنفذ بعد وفاته ، وقد ألحقها القانون بالهبة بين الأحياء .

لمحة تاريخية :

كان الميراث في فرنسا مختلفًا كل الاختلاف في البلاد ذات القانون المكتوب وفي البلاد ذات العوائد ؛ ففي الأولى كان ينفذ القانون الروماني فكانت الوصية هي الأساس ، وفي الثانية كان الميراث القانوني هو الأساس والوصية في محل ثانوي فهو مؤسس على الاشتراك العائلي في المتوفى .

وسبب الميراث الوفاة الطبيعية لا المدنية التي ألغيت سنة 1854 ، ومكان الميراث هو محل إقامة المتوفى القانوني ، ويترتب على ذلك اختصاص محكمة محل الإقامة بجميع الدعاوى الخاصة بالتركة بين الورثة أو بينهم وبين الدائنين أو الموصى لهم .

القسم الأول في شروط الوارث :

يشترط في الوارث شرطان :

متى ادعى شخص أنه يرث شخصًا آخر أقرب إليه من أي شخص آخر حسب القانون فيجب أن يكون .

أولًا : أهلًا للميراث .

ثانيًا : أن لا يكون ممنوعًا من الميراث . وبيان ذلك .

أولًا : عدم الأهلية في الميراث :

يعتبر غير أهل للميراث كل شخص لم يستجمع الشروط المطلوبة قانونًا في الشخص الوارث سواء من جهة عدم أهليته في مباشرة حقوقه أو في التمتع بها .

والأشخاص العديمو الأهلية في الميراث هم :

أولًا : الطفل الذي لم تحمل به أمه حين وفاة المورث .

ثانيًا : الطفل الذي ولد ميتًا أو الذي ولد غير قابل للحياة .

ثالثًا : الشخص الذي لم تتحقق حياته بعد وفاة المورث .

دليل الحمل :

يجب إثبات أن الحمل حصل حين الوفاة ، ولكن إثبات ذلك بدليل قاطع مباشر غير ممكن لتغيّب الحمل في الرحم ؛ فعمد القانون إلى وضع قواعد اعتمد فيها على قرائن الأحوال لتذليل الصعوبات المذكورة .

ففي البنوة القانونية حتم أقل مدة الحمل بـ 180 مائة وثمانين يومًا وبـ 300 ثلاثمائة يوم في الحمل لأكثر مدته ، وعلى هذا يجب تطبيق هذه القاعدة على من يستحق أن يكون وارثًا .

فالولد الذى يولد بعد وفاة مورثه لأزيد من 300 يوم يكون قد حُمِلَ به بعد الوفاة فلا يرث ، والذي يولد لأقل من ذلك يعتبر محمولًا به حال حياة المورث فهو وارث .

دليل حياة الوارث بعد وفاة المورث :

دليل إثبات الحياة بعد وفاة المورث سهل ممكن تحقيقه بواسطة إشهاد الوفاة لكل منهما . ولكن الصعوبة تأتي عندما يكون الشخص الوارث وُجِدَ ميتًا مع المورث

في حادث واحد كغرق أو مصادمة في سفر أودت بحياتهما فكيف يكون الإثبات ؟ ولأجل حل مثل هذا الإشكال رسم القانون ما يأتى :

(1) من الولادة إلى 15 سنة .

(2) من 15 سنة إلى 60 سنة .

(3) من 60 سنة إلى ما فوق .

فإن كان المتوفيان في السن الأول من الولادة إلى 15 سنة فالمسن منهما هو الذي يبقى حيًّا بعد الأقل ؛ فيحكم بميراثه من الصغير .

وإن كان في السن الثاني 15 إلى 60 أو في السن الثالث من 60 فأزيد ، فالأقل في السن هو الذى يبقى حيًّا بعد الأكبر منه ؛ فهو الذى يرث من الأكبر منه سنًّا ، ومع ذلك ففي السن الثاني إذا اتفقا سنًّا أو اختلفا لأقل من سنة واختلفا جنسًا ؛ فالذكر يبقى دون الأنثى فهو يرثها .

فإن كان أحدهما في السن الأول والثاني في السن الثالث حُكِمَ للأول بالبقاء بعد الثاني فهو الذي يرثه .

وإن كان أحدهما في السن الأول والثاني في السن الثاني حكم للثاني بالبقاء فهو الذي يرث الأول .

وهذه القواعد لا يعمل بها إلا إذا وجدت الشروط الآتية ؛ لأنها ضعيفة فلا يصار إليها إلا عند عدم وجود شيء آخر غيرها .

أولًا : يجب أن يكون الشخصان قد ماتا في حادث واحد : غرق - حريق - هدم .. إلخ .

ثانيًا : يجب أن يكون أحدهما متلقيًا الميراث مباشرة عن الآخر .

ثالثًا : يجب أن يكون الميراث الذي يتلقاه أحدهما عن الآخر ميراثًا شرعيًّا ، أي قانونًا لا ميراثًا بإرادة المورث كوصية .

رابعًا : يجب أن يكون مستحيلًا الحصول على دليل آخر لمعرفة أيهما مات أولًا من شهود ، أو حوادث ، أو أي علامات أخرى ، وإلا متى أمكن دليل آخر فلا يعمل بهذه القواعد .

عدم ميراث الأجانب المتوفين في فرنسا :

كان القانون الفرنسي يمنع ميراث الأجنبي في فرنسا إلا في بلاد يرث فيها الفرنسي فيكون التقابل بالطريق الدبلوماسي ، ثم ألغي هذا القانون وجُعِلَ للأجنبي

الحق أيا كان في الميراث في فرنسا كالفرنسي سنة 1819 ، لكن هذا القانون الفرنسي أباح للفرنسيين حق أخذ أعيان من التركة الموجودة بفرنسا تعادل ما مُنِعَ منه الفرنسي من أعيان التركة الموجودة في الخارج أيًّا كان سبب المنع من عادات أو قوانين ، ومحل هذا القانون الدولي الخاص .

ثانيًا : أن لا يكون ممنوعًا من الميراث :

وهو أن يحرم الشخص الذي يصح أن يكون وارثًا من حق الميراث عقابًا له على فعل خطير منه لحق المتوفى ، أو لحق سمعته بعد وفاته . والفرق بين عدم الأهلية للميراث والحرمان منه ما يأتي :

أولًا : أن عدم أهلية الميراث تأتي من أسباب خارجية عامة لا تتعلق بالاستحقاق وعدم الاستحقاق الشخصي للميراث ، بينما الحرمان من الميراث ينتج من سلوك الوارث الإجرامي نحو المتوفى .

ثانيًا : عدم أهلية الميراث سبب عام يمنع الميراث أيًّا كان مطلقًا بينما أن الحرمان من الميراث يطبق على ميراث محدود ، فهو خاص

ثالثًا : عدم أهلية الميراث تطبق بقوة القانون بدون حكم قضائي بينما الحرمان من الميراث لا يكون إلا بحكم قضائي .

رابعًا : عدم الأهلية يمنع من تملك الميراث ، بينما أن الحرمان يمنع حفظ الميراث المتملك .

أسباب الحرمان من الميراث :

أسباب الحرمان من الميراث ثلاثة :

أولًا : التعدي على حياة المتوفى : كل من حكم عليه لإرادته قتل المتوفى ، أو لقتله بالفعل يحرم من ميراثه من ذلك المتوفى إذا كان يرث فيه .

فيجب أن يكون حكم عليه بالفعل فلو مات المتعدي قبل الحكم عليه ، أو أطلق سراحه لعدم كفاية الأدلة ، أو سقط عنه الحق العام لمضي المدة لم يُحْرَم من الميراث . ويجب أن يكون الاعتداء بنية القتل أو بالقتل بالفعل ، فلا يكون حرمان من الميراث إذا كان القتل خطأ ، أو لعدم الاحتياط ، أو للإهمال ، أو كان لضرب ، أو جرح أدى إلى الموت بلا نية القتل ، حتى ولو حوكم على ذلك .

ثانيًا : اتهام المتوفى بجناية حكمها الإعدام من الوارث وحكم فيها القضاء بأنها كاذبة ووشاية ، فكل من شهد أو بلغ القضاء بجناية حكمها الإعدام ضد مورثه وحكم بأنها وشاية وكذب يحرم من ميراثه منه . فيجب أن يكون الاتهام بجناية حكمها الإعدام ، ويجب أن يحكم بأنها وشاية وكذب .

ثالثًا : عدم التبليغ عن قاتل المورث مع معرفته له ؛ فكل مكلف يعلم قاتل مورثه ، ولم يخبر البوليس أو القضاء عنه يعتبر شريكًا فيحرم من الميراث . فيجب أن يكون بالغًا ، فلو سكت القاصر أو المحجور عليه عن الإخبار عن القاتل مع معرفتهما له فلا يحرمان من الميراث .

كيف يتحقق الحرمان من الميراث :

يتحقق الحرمان من الميراث بقوة القانون في الحالتين الأوليين ، وفي الثالثة لم توجد عمليًا عند المتشرعين .

وعند علماء القانون يجب صدور حكم قضائي بالحرمان بناء على طلب ذوي الشأن من المحكمة المدنية ، ويمكن الحكم بالحرمان من الميراث قضائيًا بعد وفاة المحروم .

نتائج الحرمان من الميراث :

بالنسبة للوارث المحروم يرجع أثر الحرمان إلى الماضي ؛ فكل تمليك أو ترتيب حقوق عينية على أعيان الميراث تعتبر لاغية ولا أثر لها .

وبالنسبة لأولاد المحروم لا يحق لهم تمثيل والدهم وأخذ ما كان يستحقه من الميراث لو كان حيًا ، لكن هذا لا يمنع أولاد المحروم من الميراث هم أنفسهم إذا كانوا يستحقوا الميراث من أنفسهم لا بواسطة تمثيل مورثهم . فإذا ورث ولد المحروم فليس للمحروم كأب حق التمتع في أموال ولده المورثة عن المتوفى [1] .

بند [6] الميراث

التشريع الإسلامي : الميراث بمعنى العلم : فن يعرف به من يرث ومن لا يرث ، ومقدار ما لكل وارث ، وموضوعه التركات . وغايته : إيصال كل ذي حق حقه من

---

(1) انظر : البابين الأول والثاني ، في الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 159 – 162 .

تركة الميت – والتركة [1] حق يقبل التجزي يثبت لمستحق بعد موت من كان ذلك له [2] .

الحقوق المتعلقة بالتركة :

(1) حق تعلق بعين . (2) حق تعلق بالميت .

(3) حق تعلق بالذمة . (4) حق تعلق بالغير .

(5) حق تعلق بالوارث [3] لأن الحق المتعلق بالتركة إما ثابت قبل الموت أو بالموت ، والثابت قبله إما أن يتعلق بالعين أو لا . الأول الحقوق العينية ، والثاني الدين المطلق . والثابت بالموت إما للميت وهو مؤن تجهيزه [4] ، وأما لغيره منه وهو الوصية ، وإما لغيره لسبب وهو الميراث .

والميراث قد يكون بمعنى التركة فيقال : استحق زيد ميراث أبيه يعني تركته ، أو زيد حُجِبَ عن الميراث يعني لا يستحق شيئًا منها . والميراث بمعناه الحقيقي تركة ،

---

(1) قاعدة : التركة حق يقبل التجزي يثبت لمستحق بعد موت من كان ذلك له .

(2) يقول الدردير : « علم الفرائض وعلم المواريث هو : علم يعرف به من يرث ومن لا يرث ، ومقدار ما لكل وارث . وموضوعه التركات . وغايته إيصال كل ذي حق حقه من التركة . والتركة حق يقبل التجزي يثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك » . الشرح الصغير جـ 4 ص 193 . وبداية المجتهد جـ 2 ص 338 .

(3) يبدأ من تركة الميت من رأس المال بحق تعلق بعين أي ذات كمرهون ، فمؤن تجهيزه تقدم على الديون من كفن ، وغسل وحمل ، وغير ذلك بالمعروف بما يناسب حاله من فقر ، وغنى ، فقضاء دينه ، يقدم من رأس المال على الوصايا ، فوصاياه من ثلث الباقي ، ثم الباقي لوارثه فرضًا ، أو تعصيبًا . ملخصًا من الشرح الصغير (193/4 ، وما بعدها) .

وقد ضبطت المادة 262 من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر عام 1953 والمعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975 م الحقوق المتعلقة بالتركة ، ونصها :

1 – يؤدي من التركة بحسب الترتيب الآتي :

ا – ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن بالقدر المشروع .

ب – ديون الميت . جـ – الوصية الواجبة .

د – الوصية الاختيارية . هـ – المواريث بحسب ترتيبها في القانون .

2 – إذا لم توجد ورثة قضى من التركة بالترتيب الآتي :

ا – استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره .

ب – ما أوصى به فيما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية .

3 – إذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقي منها إلى الخزانة العامة .

وهذا هو نص المادة 291 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي الصادر بالقانون رقم 51 لسنة 1984 .

(4) تناولت المادة 882 من القانون المدني المصري الحقوق المتعلقة بالتركة ، وهو ما تناولته المادة 1093 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة ص 393 .

أو استحقاق حق في تركة لا يتعدى هذا المعنى إلى الوصية ؛ لأن المواريث مقدرة في كتاب اللّه وفي سنة رسوله وإجماع الصحابة فلا يدخل فيها لا هبة ولا وصية [1] .

فالهبة إعطاء ماله قيمة منجزًا حال الحياة ، والوصية إعطاء ماله قيمة مؤجلًا لما بعد الوفاة [2] فلا تدخل الهبة ولا الوصية في الميراث ، ولكل باب من هذا التشريع أحكام خاصة سيأتي تفصيلها .

ومكان الميراث : هو محل إقامة وتوطُّن المتوفى لا محل الوفاة ولا محل المال ؛ لأن فقهاء المالكية قالوا في بيت المال الوارث (والمراد ببيت المال بيت المال الذي لوطنه - مات به أو بغيره من البلاد كان ماله به أو بغيره كما في الحطاب) [3] ثم قالوا : « وانظر إذا لم يكن له وطن هل المعتبر محل المال أو الميت » وعلى هذا يكون مكان الميراث هو محل إقامة وتوطن المتوفى . أما الدعاوى الخاصة بالورثة فتتبع محلِ إقامتهم في دعوى الاستحقاق أو التسليم مثلًا . وأما الدعاوى المتعلقة بعقار التركة ملكًا وتمليكًا إلخ ، فهي في محل إقامة المدعى عليهم ، أو في محل العقار متى تخصص بذلك من ولي الأمر ؛ لأن ترتيب التقاضي لا ينقص من الحق شيئًا ، وإنما ينظم طرقه فيجب اتباع ذلك شرعًا .

شروط الإرث :

يشترط في الإرث أي في استحقاقه خمسة شروط :

أولًا : موت المورث حقيقة أو حكمًا ، فإن لم تتحقق الوفاة حقيقة أو حكمًا فلا ميراث . والموت الحقيقي : ذهاب الروح من الجسد ومعرفة ذلك ودفنه [4] .

---

(1) قاعدة : الميراث لا يدخل فيه هبة ولا وصية .

(2) الوصية مشتقة من وصيت الشيء إذا وصلته كأن الموصي لما أوصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله في نفاذ التصرف . الخرشي علي مختصر خليل (167/8) .

(3) إذا مات الرجل في بلد ، وخلف فيه مالًا ، وخلف أيضا في بلد أخرى ، وفي بلد سواه مالًا غيره ، ولم يكن له وارث إلا جماعة المسلمين ، فإن عامل البلد الذي مات فيه ، وكان مستوطنا به أحق بميراثه ، سواء مات فيه ، أو في غيره ، كان ماله فيه أو فيما سواه من البلاد . مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب (415/6) .

(4) تنتقل أموال التركة إلى الورثة فور وفاة المورث ، وهو المبدأ السائد في الفقه والقضاء ، كما أنه رأي فريق من الفقه الإسلامي ، وهم أغلب الشافعية والحنابلة . وهو الرأي الذي يتفق مع القواعد العامة ، حيث يتحقق الإرث فور الوفاة ، والإرث سبب التملك . والقاعدة أن الأسباب تترتب عليها نتائجها فور تحققها إلا إذا وجد ما يدعو إلى تراخي هذه النتائج . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة 391 .

والموت الحكمي : الغياب مدة لا تعلم حياته من وفاته فيرفع الأمر للقاضي ؛ فيحكم باعتبار الغائب ميتًا فتعتد زوجته ، وتقسم تركته كأنه مات حقيقة [1] .

ثانيًا : تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتًا [2] . فيخرج من استحقاق الميراث من يأتي :

(1) الطفل الذي لم تحمل به أمه حين وفاة المورث حقيقة أو حكمًا لا يرث من المتوفى .

وحدد المتشرعون في الإسلام أقل مدة الحمل بستة أشهر إلا ستة أيام . فلو أتت بمولود بعد وفاة المورث لخمسة أشهر أو لستة أشهر إلا عشرة أيام من تاريخ عقد الزواج – أعني 170 يومًا – فلا ميراث لهذا المولود في مذهب الإمام مالك ، ومدة الحمل المعتادة تسعة أشهر فإن لم تضع فسنة ، فإن ارتابت ، أو كانت حاملًا فلأقصى مدة الحمل ، وقدرت في مذهب الإمام مالك بأربع سنين أو خمس سنين خلاف [3] ، ويجب في هذه الحالة أن ينظرها الأطباء فقولهم الفصل عند عدم تصديقها ، فلو أتت المطلقة أو المتوفى عنها بمولود في أقصى مدة الحمل بعد قرار الأطباء ، ولم ينفه أبوه ، ولم يلاعن ثبت نسبه وورث من المتوفى ولحق نسبه من المطلق .

وبهذا يكون تحديد المدة ستة أشهر أي 180 يومًا وسنة أي 360 يومًا مأخوذًا من التشريع الإسلامي ، وقد أنقصوه إلى عشرة أشهر عملًا بأن هذا هو الأكثر وقوعًا ، ولكن التشريع الإسلامي بناه على الاحتياط وهو سنة .

فإن لم تتحقق حياة الوارث وقت موت المورث ، أو وقت الحكم باعتباره ميتًا فلا يرث .

فإن وُلد ميتًا فلا يرث ، وأما الذي ولد حيًا ولكنه غير قابل للحياة فهو وارث ؛

---

(1) يقول ابن عسكر : « وشروط الإرث : تقدم موت المورِّث ، واستقرار حياة الوارث بعده ، والعلم بالجهة المقتضية للإرث » . إرشاد السالك ص 134 ، الكافي ص 555 . وقد جاء في المادة 260 من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه : 1 – يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتًا بحكم القاضي .

2 – يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوراث وقت موت المورث ، أو وقت الحكم باعتباره ميتًا . ويكون الحمل مستحقًّا للإرث إذا توافر فيه ما نص عليه في المادة 236 . وهو ما نصت عليه المادتان 288 ، 289 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

(2) شرط الإرث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث . الشرح الصغير (266/4) .

(3) واختلفوا في أطول زمان الحمل الذي يلحق به الوالد الولد ، فقال مالك : خمس سنين ، وقال بعض أصحابه : سبع ، وقال الشافعي : أربع سنين... وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة ، والتجربة . بداية المجتهد (358/2) .

لأن الشرط تحقق الحياة ، وأما دوامها فليس بشرط ؛ لأن علمها عند من خلقه .

ولا يرث من جهل تأخر موته عن مورثه بأن ماتا تحت هدم أو في غرق ، ولم يعلم المتأخر منهما فيقدر أن كل واحد لم يخلف صاحبه ، وإنما خلف الأحياء من ورثته .

فلو مات رجل وزوجته وثلاثة بنين له منها تحت هدم ، وجهل موت السابق منهم ، وترك الأب زوجة أخرى ، وتركت الزوجة ابنًا لها من غيره فللزوجة الربع ، وما بقي للعاصب ، ومال الزوجة لابنها الحي ، وسدس مال البنين لأخيهم لأمهم ، وباقيه للعاصب ، وسقط بمن سقط به الأخ للأم .

وأما تقسيم السن والحكم بمقتضاه فهو ظن وتخمين لا يصح أن يبنى عليه أحكام قاطعة ، تثبت حقًّا لبعض الورثة وتحرم آخرين ، لا لسبب سوى التقدم أو التأخر في السن ، وهذا منتهى الخطأ في التشريع .

ميراث المسلمين وغير المسلمين :

ثالثًا : اتفاق الدِّين بين الوارث والمورث :

يشترط في التشريع الإسلامي في ميراث المسلمين بعضهم من بعض أن يكون المورِّث مسلمًا والوارث مسلمًا . فإن مات المورِّث كافرًا وبقيت ورثته مسلمين فلا توارث بينهما [1] وماله فيئ لبيت المال [2] .

ولا توارث بين مسلم ويهودي أو نصراني [3] ، كما لا توارث بين يهودي ونصراني ؛ لأنهما ملتان مختلفتان خلافًا للقانون الجديد ففيه أن أهل الكتاب ملة واحدة، ولا توارث بين مسلم ، أو يهودي ، أو نصراني ، وبين بوذي ، أو رافضي ، أو عابد ملة أخرى . ويرث غير المسلم وغير النصراني وغير اليهودي

(1) من موانع الإرث الكفر ، فلا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم ... والمرتد لا يرث ، ولا يورث بل ماله فيء للمسلمين إذا مات ، أو قتل على ردته ، واختلاف الدين بين اليهودي والنصراني عند جمهور الفقهاء يمنع التوارث بينهما وماعداه من الكفر ملة ، فيقع التوارث بين من عداهما من المجوس ، وعباد الشمس ، وغير ذلك . والكفار إذا ترافعوا إلينا ورضوا كلهم بأحكامنا فإنا نحكم بينهم بحكم الإسلام .
انظر : الخرشي على مختصر خليل (223/8) . الشرح الصغير (265/4) .

(2) يقول ابن عبد البر : « لا يتوارث أهل ملتين شتَّى ، لا يرث يهودي نصرانيًا ولا مجوسيًا ولا يرثانه ، وكذلك كل ملتين ودينين مختلفين لايتوارثان » . الكافي لابن عبد البر ص 555 ، إرشاد السالك ص 103 ، 131 .

(3) قاعدة : لا توارث بين مسلم ويهودي أو نصراني (عند جمهور الفقهاء) .

بعضهم بعضًا ؛ فقد نص فقهاء المالكية على أنه لا يرث مخالف في دين ، كمسلم مع مرتد أو غيره من يهودي أو نصراني ؛ فلا توارث بينهما ؛ إذ كل ملة مستقلة ، وغير اليهود والنصارى ملة واحدة [(1)] .

ونصوا أيضًا على أن مال الكتابي الحر الصلحي المؤدي للجزية إذا لم يكن له وارث لا يحل للمسلمين تملكه على المشهور ، بل يكون لأهل دينه من جماعته وأهل إقليمه . والمعتمد أنه يكون للمسلمين في بيت المال .

ويحكم بين الكفار بحكم الإسلام متى ترافعوا إلينا وارتضوا حكمنا ، فإن امتنع بعضهم عن حكمنا فلا نتعرض لهم إلا أن يُسْلِم بعض ورثة من مات كافرًا ، ويقيم البعض الآخر على كفره وترافعوا إلينا ، فيحكم بينهم بحكم المسلمين لأجل من أسلم منهم . ولا عبرة بامتناع الكافر منهم إن لم يكونوا كتابيين ، فإن أسلموا بعد استحقاق ميراثهم قُسم المال حسب تشريعهم وقت استحقاق التركة [(2)] .

والمعمول به في الديار المصرية أنه لا توارث بين مختلفي الملة من إسلام وغيره ، وماعدا المسلمين ملة واحدة [(3)] .

والمختص بنظر دعاوى الميراث والمنازعات القائمة بشأن التركات هي المجالس

---

(1) اختلاف الدين باليهودية ، والنصرانية يمنع الميراث بينهما ، وغير اليهود والنصارى ملة واحدة ، فيرث بعضهم بعضًا ، هذا ما عليه الأصل تبعًا لما نقله ابن عبد السلام عن مالك ، لكن اعترضه ابن مرزوق بنص الأمهات من أن غير اليهود والنصارى ملل ، وعليه اقتصر الأمير ، وحُكِم بين الكفار بحكم الإسلام إن ترافعوا إلينا ، فيجب الحكم بينهم . الشرح الصغير (265/4 ، 266) .

(2) إذا ترافع الكفار إلينا ، ورضوا كلهم بأحكامنا ، فإنا نحكم بينهم بحكم الإسلام إلا أن يمتنع بعضهم عن حكمنا ، وإلا فلا نتعرض لهم إلا أن يسلم بعض ورثة من مات كافرًا ، ويقيم البعض الآخر على كفره ، وترافعو إلينا ، فإنا نحكم بينهم بحكم المسلمين ... هذا إن لم يكونوا كتابيين . وأما لو كان الذين أسلم بعضهم بعد موت مورثهم كتابيين ، فإنا نحكم بينهم بحكم مواريثهم ؛ أي نقسم المال بينهم على حكم مواريث أهل الكتاب . الخرشي (223/8) .

(3) بينت المادة السادسة من قانون الميراث المصري الصادر عام 1943 أنه « لا توارث بين مسلم وغير مسلم . ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض ... » وهو ما نصت عليه المادة 264 من قانون الأحوال الشخصية السوري ، والمادة 293 من نظيره الكويتي . وقد أخذت هذه القوانين بمذهب الأحناف والشافعية في عدم اشتراط اتحاد الدين في ميراث غير المسلمين ، فيرث المسيحي اليهودي ، أما المالكية والحنابلة فيشترطون اتحاد الدين بين الوارث والمورث ، فلا يرث اليهودي نصرانيا ، ولا يرث النصراني يهوديًا ، وذلك لأن الميراث نوع من المودة والتناصر والتراحم ، مما لا يتوافر عند اختلاف الدين . وقد أخذت القوانين العربية المذكورة بمذهب الأحناف والشافعية ، طبقًا لما تقدم . وقد انفرد عدد من الصحابة من بينهم معاوية ومعاذ بأن المسلم يرث قريبه أو زوجته غير المسلمة ، لكن الزوجة أو القريب لا يرثانه .

المصرح بها لهذه الطوائف لتحكم بينها متى كان المستحقون متفقين على التقاضي أمام هذه المجالس ، فإن اختلفوا أو لجأ أحد الورثة إلى المحاكم الشرعية كانت هي المختصة بالفصل في موضوع النزاع المطروح أمامها ؛ لأنها هي الجهة المختصة أصالة بالحكم في هذه المواضيع ، ومجالس هذه الطوائف استثناء ، فلا يصار إليها إلا عند الاتفاق .

رابعًا : عند قتل الوارث للمورث ، فلا يرث قاتل لمورثه - ولو صبيًا - أو مجنونًا تسببًا أو مباشرة عمدًا [1] عدوانًا [2] وإن أتى بشبهة تدرأ عنه القصاص كرمي الوالد ولده بحجر فمات منه كمخطئ لا يرث من الدية ويرث من المال [3] .

وقتل المورث الصائل ، أو المعتدي الذي لا يندفع إلا بالقتل لا يمنع الميراث فيرث من المال لا من الدية . هكذا نص السادة المالكية ، ولكني أقول : إن القاتل إذا كان مجنونًا فلا قصد عنده فلا عمد ، فالعمد لا يكون إلا إذا كان القاتل عنده إرادة ، ولا إرادة للمجنون ؛ فالقاتل المجنون خارج عن دائرة التكليف فلا يقتص منه . وبالتالي فلا يعاقب بالحرمان ممن قتله ، غير أنه إذا كان هذا نقل السادة المالكية عن حديث صحيح أو عمل أهل المدينة فهو مُسَلَّم ، وإن كان اجتهادًا من أصول المذهب فهو غير مقبول ؛ لأنه مخالف للحديث الصحيح : « رفع القلم عن ثلاث الصبي حتى يبلغ ، والمجنون حتى يفيق ، والنائم حتى يستيقظ » [4] .

والكلام في المجنون هو الكلام في الصبي ، غير أنه يفرق بين الصبي المراهق الذي يعقل ما يفعل بفهم ، والذي لم يراهق فحكمه حكم الصغير الملحق بالعجماوات .

---

(1) قاعدة : لا يرث قاتل لمورثه - ولو صبيًا - أو مجنونًا تسببًا ، أو مباشرة عمدًا عدوانًا .

وقد تناولت المادة الخامسة من قانون الميراث المصري والمادة 264 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة 292 من نظيره الكويتي موضوع القتل المانع من الميراث . وقد اتفقت هذه المواد في اشتراط قصد القتل وكونه بغير حق ولا عذر للمنع من الميراث . وطبقًا لذلك لو كان القتل بعذر لم يمنع من الميراث ، وذلك كالقتل دفاعًا عن النفس ، أو قتل الزوج زوجته والزاني بها عند مفاجأتهما . وتشترط هذا المواد في القاتل أن يكون عاقلًا بالغًا ، وهو ما لا يتفق مع المذهب المالكي الذي لا يشترط العقل والبلوغ في القاتل لمنع من الميراث .

(2) وذلك تطبيقًا للأصل الشرعي القائل : « من استعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بالحرمان منه » . انظر : المذكرة الإيضاحية ص 167 .

(3) لا يرث قاتل عمدًا عدوانًا ، ولو صبيًا ، أو مجنونًا متسببًا ، أو مباشرًا ، ولو أتى بشبهة تدرأ عنه القتل كرمي الوالد ولده بحديدة ، شأنها عدم القتل . الشرح الصغير (264/4 ، 265) .

(4) أخرجه أحمد في المسند 100/6 ، 101 ، والدارمي في السنن 171/2 عن عائشة رضي الله عنها .

لهذا عمد المشرعون إلى اشتراط أن يكون القاتل عاقلًا بالغًا 15 سنة (خمس عشرة سنة) في غير مذهب مالك ، وهذا ما وضع في قانون الميراث الجديد الذي تعين العمل به في المملكة المصرية .

ويدخل في التسبب في القتل التحريض والشهادة عليه كذبًا بالقتل فيما لو حكم عليه بالقتل ، فإن اعتدى المقتول فدافع القاتل عن نفسه وقتله فلا يمنع الوارث من الميراث .

ولا يثبت القتل إلا بحكم قضائي يدافع المتهم بالقتل عن نفسه دفاعًا حرًّا بكل ما يملك من مختلف الطرق الشرعية .

ولا يشترط نية القتل ، بل متى ثبت العمد والعدوان - يعني عمدًا بغير حق - منع من الميراث [1] .

وأما اتهام المورث من وارثه بتهمة لو ثبتت عليه لحكم عليه بالإعدام ، وحكم القضاء بأنها تهمة كاذبة - يعني برَّأه القضاء من التهمة - فلا يكون سببًا في الحرمان من الميراث ؛ لأنه لم يحكم على المورث بالقتل حتى يحرم القاتل مما قصده .

ولا يكون كذلك مانعًا من الميراث عدم تبليغ الوارث عن قاتل مورثه ؛ لأن هذا ذنب ومعصية تعلقت بعنقه هو لكتمانه الشهادة حيث يقول الله : ﴿ وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٞ قَلْبُهُۥۗ ﴾ [2] .

ونتائج الحرمان يَمَّحي كونه وارثًا ، ويعتبر أجنبيًّا من التركة والورثة ، وكأنه لم يكن موجودًا .

وولد اللعان لا يرث ، لأنه باللعان قد انقطع نسبه ، فلا يرث ملاعنٌ زوجته التي لاعنها إذا الْتعَنَتْ بعده بمجرد تمام لعانها ، فإن ماتت قبل التعانها ورثها . ولا ترث الزوجة المتلاعنة كذلك بعد لعان زوجها ، فإن بدأت ومات قبل لعانها الزوج ورثت .

وولد اللعان الذي وقع فيه اللعان لا توارث بينهما سواء الْتعَنَتْ أم لا ، وتوأما الملاعنة من حمل اللعان شقيقان [3] ، وتوأما الزانية والمغتصبة أخوان لأم على

---

(1) يقول ابن عبد البر : « لأن العبودية ، والكفر ، وقتل العمد موانع من الميراث بلا اختلاف ، وميراث المرتد لجماعة المسلمين إذا قُتِل على ردته ، ولا يرث مسلم كافرًا ، ولا كافر مسلمًا ، ولايتوارث أهل ملتين شتى » . الكافي لابن عبد البر جـ 4 ص 555 ، إرشاد السالك ص 130 .

(2) سورة البقرة الآية رقم 283 .

(3) الملاعن لايرث ممن لاعنها إذا التعنت بعده ، وإلا ورثها ، وأما ولده الذي وقع فيه اللعان ، فإنه لا يرثه سواء التعنت أم لا ، ولا ترث ملاعنة من ملاعنها إذا التعنت زوجها قبلها ، وأما إذا التعنت ولم يلتعن هو وذلك فيما =

المشهور ، وولدا المتلاعنين غير التوأمين ليسا شقيقين بل هما أخوان لأم [1] .

خامسًا : وجود تركة تورث لورثة المتوفى عن مورثهم ؛ ولا تكون تركة إلا إذا بقي شيء بعد استخراج الآتي منها ، فيخرج منها وجوبًا :

أولًا : يخرج من تركة الميت وجوبًا حق تعلق بعين كالمرهون ولو أتى على التركة جميعها ، كما لو كانت كل التركة مرهونة في دين فتباع فيه ويدفع ثمنها بتمامه لرب الدين إن لم يزد عن دينه [2] .

ثانيًا : مؤن تجهيزه من كفن ، وغسل ، وحمل ، وحفر وغيرها بالمعروف ، وضمن من أسرف .

ثالثًا : قضاء ديونه من رأس ماله ، كانت بضامن أم لا ، كانت حالة أو مؤجلة ، لأنها تحل بموته [3] .

رابعًا : إخراج وصاياه من ثلث الباقي [4] .

= إذا تقدمت عليه فهل ترثه أم لا ... والظاهر أنها ترثه حيث لم يلتعن ، وتوأما الملاعنة يتوارثان على أنهما شقيقان . الخرشي (221/8 ، 222) .

(1) يقول ابن عبد البر : « وابن الملاعنة لايرثه أبوه ولا أحد بسبب أبيه ، وإنما ترثه أمه وأخوته لأمه ، وما فضل عنهم فلبيت مال المسلمين » . الكافي لابن عبد البر ص 555 . مواهب الجليل جـ 6 ص 242 . التاج والإكليل جـ 6 ص 422 .

(2) نصت المادة 205 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي على أن : « تركة المدين مرهونة بديونه حتى تسدد » . وجاء في مذكرة هذه المادة ما يأتي : « فإذا مات الميت عليه دين ، تعلق هذا الدين بتركته المنتقلة إلى الوارث مع وجود الدين تعلقه بالرهون ، ويستوي الدين المستغرق للتركة وغيره في الأصح ... » والصحيح أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث ، لأنه ليس في الإرث المفيد أكثر من تعلق الدين بالمورث تعلق رهن . وذلك لا يمنع الملك من المرهون .. (الجلال المحلي جـ 2 ص 283 ، نهاية المحتاج جـ 4 ص 296 و 297) .
وغني عن البيان أن حق الرهن الذي تتحمل به أموال التركة ضمانًا للوفاء بحقوق دائنيها إنما ينصب على الأموال التي آلت إلى الوارث بطريق الإرث دون غيرها من أموال الوارث . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 391 .

(3) تناولت المادة 891 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية موضوع الحقوق المتعلقة بالتركة ، وهو ما تناولته المادة 1102 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون ص 395 .

(4) تناولت المادة 898 من القانون المدني المصري تقييد الوصية بالثلث ، وهو ما تناولته كذلك المادة 1108 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 397 .

خامسًا : يقسم الباقي على الورثة [1] بعد الأربعة الأوجه السابقة [2] .

وسبب ذلك أن الحق المتعلق بالتركة إما ثابت قبل الموت أو بالموت ، والثابت قبله إما أن يتعلق بالعين أو لا . الأول الحقوق العينية ، والثاني الدين المطلق ، والثابت بالموت إما للميت وهو مؤن تجهيزه ، وإما لغيره منه وهو الوصية ، وإما لغيره لسبب وهو الميراث ، فالحق المتعلق بالتركة :

1 - حق تعلق بعين .
2 - حق تعلق بالميت .
3 - حق تعلق بالذمة .
4 - حق تعلق بالغير .
5 - حق تعلق بالوارث .

بند [7] طبقات الميراث المختلفة

القانون الفرنسي : تقسيم أساسي : قسم القانون الورثة إلى قسمين : ورثة منظمون ، وورثة شاذون . وإلى سنة 1896 كانت الورثة تشمل الأقارب الشرعيين ، وتشمل الأقارب الأخوة والأخوات إلى الطبقة الثانية عشرة .

والورثة الشاذون كانوا الأولاد الطبيعيين ومن يرث الأولاد الطبيعيين وأحد الزوجين الباقي على قيد الحياة والحكومة . وفي مارس سنة 1896 صدر قانون اعتبر الولد الطبيعي وأمه وأباه من الورثة فتكون القائمة كالآتي :

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادتين 899 ، 900 من القانون المدني المصري اللتين حكمتا بنقل ما بقي من التركة إلى الورثة ؛ فالمادة 899 تنص على ما يأتي : « بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة » أما المادة 900 فقد نصت على أنه :

1 - يسلم المصفى إلى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة .

2 - ويجوز للورثة بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التي لا يحتاج إليها في تصفية التركة ، أو أن يتسلموا بعضها منها وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها .

وتتفق هاتان المادتان مع المادتين 1109 ، 1110 من التقنين الأردني .

(2) يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون ، ولو أتى على جميع التركة ، فمؤن تجهيزه من غسل ، ودفن بالمعروف أي بما يناسب حاله من فقر وغنى ، وضمن من أسرف ، فقضاء دينه الذي عليه لآدمي كان بضامن أم لا ، فوصاياه من ثلث الباقي ، ثم الباقي بعد الوصايا يكون لوارثه فرضًا ، أو تعصيبًا ، أو بهما . انظر : الشرح الصغير (193/4 ، 194) ، الخرشي (197/8 ، 198) .

أولًا : الورثة وهم :

(1) الأقارب الشرعيون الذين منهم الإخوة والأخوات إلى الطبقة الثانية عشرة .

(2) الأولاد الطبيعيون الوارثون لأبيهم وأمهم .

(3) أب وأم الولد الطبيعي الذين يرثونه .

ثانيًا : الورثة الشاذون وهم :

(1) إخوة وأخوات الولد الطبيعي .

(2) أحد الزوجين الباقي حيًّا .

(3) الحكومة .

ويتفق الورثة المنظمون والورثة الشاذون في أنهما يملكان أنصبتهما في الميراث ملكية حقيقية من يوم استحقاقهما بدون احتياج إلى عمل آخر .

ويختلفان في أن الورثة المنظمين لهم حق وضع يدهم على أعيان التركة بقوة القانون بدون احتياجهم لعمل آخر ، بخلاف الورثة الشاذين فيجب عليهم طلب وضع اليد في القضاء وتمكينهم من أعيان التركة .

ويختلفان أيضًا في أن الورثة المنظمين يمثلون المتوفى وكأن حياته مستمرة ، ويدفعون ديون التركة الشخصية وبغير تحديد ؛ ولذلك أباح لهم القانون وضع اليد مباشرة . أما الورثة الشاذون فلا يمثلون المتوفى ، ويدفعون دينًا خاصًّا على العين الموروثة لهم فقط ولا شأن لهم بدين التركة [1] .

بند [8] طبقات الميراث المختلفة

التشريع الإسلامي : الميراث الشرعي بناه الإسلام على القرابة والنسب والعتق [2] أما العتق فليس بموجود ؛ لأنه لا رق اليوم حتى يوجد عتق .

والقرابة هي قرابة الدم ، وهي عمود النسب للمتوفى ؛ فهو العقدة الوسطى ومن

(1) انظر : البنود من 731 إلى 738 في الباب الثالث ، في الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 162 ، 164 .

(2) فأما الأجناس الوارثة فهي ثلاثة : ذوو نسب ، وأصهار ، وموالي . بداية المجتهد (339/2) .

سفل منه وكان له عليه ولادة فهو أصله . ومن تفرع منه وكان للمتوفى عليه ولادة ، أو ساواه في درجة أصوله كالإخوة مثلًا فهو فرعه [1] .

فالقرابة تشمل أصول المتوفى وحواشي أصوله ، وتشمل فروعه وحواشي فروعه [2] .

والنسب هو علاقة المصاهرة وهي الزوجية وما تفرع منها وما اتصل بها .

والورثة كلهم شرعيون ، وليس فيهم شاذون إلا أنه يصح أن يكون الورثة من ذوي الأرحام وهي طبقة بعيدة لا يصار إليها إلا عند انعدام أصحاب الفروض والعصبة وبيت المال ، أو من يرد عليهم حسب فروضهم عند من يقدم ذوي الأرحام على بيت المال .

ومذهب مالك يرى أن الميراث يكون أولًا لذوي الفروض المقدرة في كتاب اللّه ، وسنة رسوله ، وإجماع الصحابة فإن فضل شيء فهو للعصبة .

والعاصب من يرث المال كله إذا انفرد ، أو يأخذ الباقي بعد الفرض كما سيأتي مفصلًا في مكانه .

ولا يدفع ما فضل عن ذوي السهام إذا لم يوجد عاصب من القرابة أو الولاء لذوي الأرحام ؛ بل ما فضل لبيت المال .

وقال بعض علماء المالكية : عدم الصرف لذوي الأرحام مقيد بما إذا كان الإمام عدلًا لصرف بيت المال في مصارفه الشرعية وإلا فيرد على ذوي السهام ويدفع لذوي الأرحام [3] .

---

(1) يقول ابن عسكر عن الميراث : « أسبابها نسب وولاء ونكاح » . ويقول ابن عبد البر : « ولا يجب الميراث إلا بأحد أوجه ثلاثة : نسب ثابت معلوم ، أو ولاء صحيح وهو كالنسب عند عدم النسب ، أو نكاح صحيح » . إرشاد السالك ص 129 ، 130 . الكافي لابن عبد البر ص 555 .

(2) جاء تعريف القرابة المباشرة وقرابة الحواشي في المادتين 35 ، 36 من القانون المدني المصري ؛ فالمادة 35 تنص على أن : « 1 – القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع .

2 – وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعًا للآخر » .

أما كيفية حساب درجة القرابة المباشرة فيراعى طبقًا لما جاء في المادة 36 مدني مصري « اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل . وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودًا للأصل المشترك ، ثم نزولًا منه إلى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة » . انظر : المذكرة الإيضاحية ص 12 .

(3) جاء في مواهب الجليل شرح مختصر خليل أنه : « إذا لم يكن للميت من يرثه من النسب ، ولا من يرثه بالولاء ، فماله لبيت مال المسلمين وقد أطلق رحمه الله في بيت المال ، ولم يقيده بما إذا كان الوالي يصرفه في مصارفه الشرعية وكأنه رحمه الله تبع ظاهر كلام ابن الحاجب حيث قال : وإن لم يكن وارث فبيت المال على المشهور ، وقيل : لذوي الأرحام . مواهب الجليل (413/6 ، 414) .

فقائمة الورثة كالآتي بعد إخراج ما يجب إخراجه من التركة أولًا قبل التقسيم :

أولًا : أصحاب الفروض من الرجال والنساء .

ثانيًا : العصبة ويشمل العاصب بنفسه وبغيره ومع غيره [1] .

ثالثًا : بيت المال وهو خزانة الدولة .

وأصحاب الفروض والعصبة يملكون حقهما في الميراث ملكًا حقيقيًا من ساعة الوفاة بدون احتياج إلى عمل آخر .

وأما بيت المال فقد ذهب المتشرعون في اعتباره ضمن الورثة إلى اعتبارين :

أولًا : اعتبار بيت المال عاصبًا ؛ فهو كوارث ثابت النسب ، وهو المشهور كان منتظمًا أو غير منتظم [2] .

ثانيًا : اعتبار بيت المال حائزًا للأموال الضائعة لا وارثًا وهو قول شاذ . وعليه فيجوز للإنسان أن يوصي بجميع ماله إذا لم يكن له وارث من النسب لا على القول الأول ، وعليه يجوز الإقرار بوارث وليس ثم وارث ثابت .

وعلى أن بيت المال وارث لا يدفع ما فضل عن ذوي السهام إذا لم يوجد عاصب من النسب أو الولاء لذوي الأرحام بل ما فضل لبيت المال .

وليس في التشريع الإسلامي تمثيل للمتوفى ؛ لأنه متى حدثت الوفاة فقد انقطع وجوده ، وخربت ذمته فلا إلزام ولا التزام ، وانتقلت التركة بما لها وما عليها للورثة

---

(1) يقول الدردير : « العاصب هو من ورث المال كله إن انفرد ، أو ورث الباقي بعد حبس الفرض الصادق بالفرض الواحد أو الفروض ، وهذا إشارة إلى ماوراه البخاري وغيره من قوله ﷺ : ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر » الشرح الصغير جـ 4 ص 202 . والأصل في ميراث العاصب قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِيٓ أَوْلَٰدِكُمْۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِۚ ﴾ الآية 11 من سورة النساء ، وقوله تعالى في الآية الأخيرة من هذه السورة بشأن الإخوة والأخوات واجتماعهما : ﴿ وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِۗ ﴾ .

(2) توريث بيت المال هو مذهب أهل المدينة والمالكية . ويأتي استحقاقه في مرتبة تالية لاستحقاق أصحاب الفروض والعصبات . وطبقًا لهذا الرأي فإنه إذا لم يستغرق أصحاب الفروض التركة ولم يوجد عاصب انتقل الميراث إلى بيت المال . أما الأحناف ومن وافقهم فيردون على من يوجد من أصحاب الفروض من غير الزوجين ، فإن لم يوجد من يرد عليه من هؤلاء جعلوا الاستحقاق لذوي الأرحام . وهكذا أدّى اعتبارُ بيت المال وارثًا في المذهب المالكي ، وجعلُهُ مستحقًّا بعد أصحاب الفروض والعصبات إلى اختلاف نظام التوريث المالكي عن نظيره الحنفي . غير أن قوانين الميراث المعاصرة تتبع المذهب الحنفي في الرد على أصحاب الفروض وتوريث ذوي الأرحام قبل بيت المال .

ولا شأن للميت فيها إطلاقًا .

وعلى كل من ادعى استحقاق ميراثا في أي تركة أن يثبت أنه وارث ، وأنه مقدم على غيره شرعًا ، ولو كان المدعي بيت المال .

بند [9] الورثة الشرعيون

القانون الفرنسي : ذكر القانون أربع طبقات من الورثة الشرعيين ، فلا تدعي واحدة منهن ما دام أحد من الطبقة التي قبلها يحوز الميراث . ويعطي الميراث في الطبقة الواحدة للأقرب فالأقرب من أفرادها .

الطبقة الأولى – الأولاد : تعطى التركة أولًا إلى الأولاد الذين تركهم المتوفى وأولاد الأولاد إلى مالا نهاية ، ذكورًا وإناثًا ، سواء كانوا أولاد الصلب أم متبنين .

والذي يحوز المال الأقرب فالأقرب ما عدا مسألة تمثيل الابن لأبيه إذا مات الأب في حياة الجد ، وتُسَوى الأنثى بالذكر في الأنصبة بالتعادل (الذكر كالأنثى) .

الطبقة الثانية : إخوة المتوفى وأخواته (وهم الحواشي المفضلون) والذكر مثل الأنثى في القسمة . فإن كان الإخوة أو الأخوات كلهم أشقاء ، أو كلهم لأب ، أو كلهم لأم ، فتقسم التركة بينهم بالتساوي .

فإن كانوا من أنواع مختلفة كأخ شقيق ، وأخ لأب ، وأخ لأم ؛ فتقسم التركة مناصفة بين فرع الأب وفرع الأم ، ثم يقسم نصف فرع الأب فيأخذ الأخ الشقيق مع الأخ لأب الربع ؛ لأنه نصف النصف ، ثم يقسم نصف فرع الأم بين الأخ الشقيق وبين الأخ لأم ، فيأخذ الشقيق الربع أيضًا فما يأخذه من التركة النصف ، ويأخذ الأخ لأب الربع ، ويأخذ الأخ لأم الربع .

ولو وجد صنف واحد من الأخوة شقيق أو لأب أو لأم أخذ جميع التركة .

حالة خاصة : ويستثنى من قسمة التركة على الطبقة الثانية فقط حالة وجود الأب أو الأم مع الإخوة ، فإنها بالرغم من كون الأب والأم من الطبقة الثالثة فتقدم عليها الثانية وهم الإخوة . لكن القانون ميزها عن أفراد الطبقة الثالثة فأشركها مع الإخوة والأخوات في تقسيم التركة ، فأعطى لهما نصيبًا مقدرًا خاصًا بكل منهما ، فيأخذ الأب ربع التركة ، وتأخذ الأم ربع التركة أيضًا . والنصف الباقي يقسم بين الإخوة أو الأخوات كما سبق . فإن وجد أحد الأبوين فقط أخذ الربع وقسم الثلاثة أرباع

بين الإخوة ، ولا فرق بين أخ شقيق أو لأب أو لأم ، ولا يحجب أحد منهم الآخر .

الطبقة الثالثة – من له على الميت ولادة : تقسم التركة قسمان : قسم لسلسلة الأب ، وقسم لسلسلة الأم ، فيقسم كل قسم على ورثة سلسلته بقطع النظر عن الموجود من السلسلة الأخرى ، محاذية للموجود في هذه السلسلة أو متقدمة أو متأخرة ، فإذا لم يوجد ورثة إلا في ناحية واحدة ناحية الأم أو ناحية الأب استأثرت السلسلة الموجودة بالميراث فقط .

فإن ترك المتوفى جدًّا لأم وابن عم من جهة أبيه في الدرجة السادسة أخذ الجد لأم النصف وابن العم النصف ؛ لأن كل واحد منهما يختص بنصيب سلسلته ، وإن ترك جده لأبيه فقط ، ولم يترك في سلسلة الأم أحدًا أخذ الجد لأب كل التركة .

فإن ترك جدًّا لأب وأخًا ؛ أخذ الأخ كل التركة ولا شيء للجد لأب ؛ لأن الأخ من الطبقة الثانية ، والجد لأب من الطبقة الثالثة فهو محجوب بالأخ .

فإن ترك أبًا وأمًّا وترك معه عمًّا من جهة الأم أو أحدًا من درجته يعني ليس جدًّا لأم ؛ فإن للأب أو للأم حق الامتياز بالتمتع بثلث نصيب فرع الأم ، فلو ترك المتوفى في هذه الحالة 150 فرنكًا ؛ فللأب أو للأم 75 ف ، وللعم 75 ف ، ولكن للأب أو للأم حق التمتع بثلث نصيب العم وهو 25 ف .

الطبقة الرابعة – الأقارب العاديون : وهم من عدا الأولاد وإن نزلوا والأخوات والآباء ، وإن علوا (وهم من ليس للمتوفى عليهم ولادة ، وليس لهم عليه ولادة في خط مستقيم ، ولا من اجتمع معه في صلب أو بطن) ، فتقسم التركة نصفين بينهما : نصف لفرع الأب ، ونصف لفرع الأم ، ويقسم كل نصف على ورثته بالتساوي بدون نظر لشيء آخر . فإن لم يوجد إلا فرع واحد أخذ كل التركة ، وهكذا إلى الطبقة السادسة ، ثم تأتي الحكومة (بيت المال) .

وقد استثنى القانون من هذه القاعدة أولاد الإخوة أو الأخوات ؛ فلا يقفون عند الدرجة السادسة .

واستثنى أيضًا الطبقة الرابعة من القاعدة (الدرجة السادسة) متى كان المتوفى ممنوعًا من التصرف قانونًا لعته أو قصر أو محجورًا عليه قضائيًّا ، فيجوز لهم حيازة الميراث إلى الدرجة الثانية عشر [1] .

---

(1) انظر : البنود من 745 إلى 755 في الباب الثالث ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 165 ، 168 .

بند [10] التشريع الإسلامي

الورثة : حصر التشريع الإسلامي الورثة الذين يجوز أن يرثوا ذكورًا وإناثًا [1] ، ثم أحاط ميراثهم بقيود وشروط متى انتفت صح أخذ أنصبتهم ، وإن وُجِدَت منعوا من الميراث .

فالوارثون من الرجال عشرة : 1 و 2 الابن وابن الابن وإن سفل ، 3 و 4 والأب وأب الأب وإن علا ، 5 و 6 والأخ شقيقًا أو لأب أو لأم وابن الأخ الشقيق أو لأب وإن نزل ، 7 و 8 والعم الشقيق أو لأب وابنه وإن نزل ، 9 والزوج ، 10 والمعتق .

وكلهم عصبة إلا الأخ لأم والزوج فهما من أصحاب الفروض . فإن اجتمعوا كلهم ورث منهم ثلاثة : الزوج والابن [2] والأب [3] .

والوارثات من النساء سبع :

1 - البنت . 2 - بنت الابن وإن نزل ابن الابن .
3 - الأم . 4 - الجدة لأب أو لأم .
5 - الأخت لأبوين أو لأب أو لأم . 6 - الزوجة .
7 - المعتقة .

وكلهن ذوات فرض إلا المعتقة .

---

(1) بينت المادة 876 من القانون المدني المصري اتباع أحكام الشريعة الإسلامية في التوريث ، ونصها : « تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » .
والمادة تتفق مع المادة 2/1106 من التقنين العراقي .
وتتفق مع المادة 2/1086 من التقنين الأردني .
وتتفق مع المادة 940 من التقنين الكويتي .

(2) والوارثون من الرجال عشرة : الأب ، وابنه وإن سفل ، والأب ، والجد للأب وإن علا ، والأخ ، وابنه ، والعم ، وابنه ، والزوج ، وذو الولاء ، فكلهم عصبة إذا انفرد الواحد منهم حاز جميع المال إلا الزوج ، والأخ للأم ، فإنهما أصحاب فرض . وان اجتمع جميع الذكور ، فلا يرث إلا ثلاثة : الزوج ، والابن ، والأب . الشرح الصغير (194/4) .

(3) يقول الدردير : « والوارثوان من الرجال عشرة : الابن وابنه وإن سفل والأب والجد للأب وإن علا والأخ وابنه والعم وابنه والزوج وذو الولاء أي المعتق ، وكلهم عصبة إلا الزوج والأخ للأم ؛ فإنهما أصحاب فروض » . الشرح الصغير جـ 4 ص 198 . الكافي ص 562 وما بعدها . بداية المجتهد جـ 2 ص 338 .

فإذا اجتمعن فلا إرث إلا للزوجة ، والبنت ، وبنت الابن ، والأم ، والأخت الشقيقة [1] .

وبما أن استحقاق الميراث مبني على القرب من المتوفى فكل من قرب من الميت كان أولى بالميراث ، فالأب والأم والابن أقرب الناس إلى الميت فيأخذون التركة دون غيرهم إذا اجتمعوا ؛ فيأخذ الأب السدس ، والأم السدس ، والباقي للابن الثلثان [2] .

وعلى هذه القاعدة لا يأخذ أخوة المتوفى شيئًا مع وجود الابن أو الأب ؛ لأنهما أقرب للميت من إخوته [3] . فالأب منه نزل الميت والابن نزل من الميت ، ولكن الإخوة نزلوا معه من محل واحد ، وفرق بين الجزئية والنزول والخروج من محل واحد .

فالقاعدة الأولى : كل من قرب من المتوفى كان أولى بالميراث من غيره [4] متى كان من العصبة [5] فإن كان صاحب فرض كبنت مثلًا مع أب وأم وإخوة للمتوفى أخذت البنت النصف فرضًا ، وأخذ الأب السدس فرضًا ، والأم السدس فرضًا ، والباقي وهو السدس يأخذه الأب بطريق التعصب فنصيبه من ولده المتوفى الثلث والبنت النصف والأم السدس ولا شيء للإخوة مطلقًا ، وإن كان القريب من ذوي الفروض أخذ فرضه إلا إذا حجب .

والقاعدة الثانية : كل من أدلى للميت بواسطة فلا يأخذ نصيبه من الميراث مادامت هذه الواسطة موجودة مستحقة [6] للميراث [7] .

فابن الأخ لا يرث مع وجود الأخ ، وابن الابن لا يرث مع وجود الابن ، وابن

---

(1) يقول الدردير : « والوارثات من النساء سبع بطريق الاختصار : البنت وبنت الابن والأم والجدة مطلقًا والأخت مطلقًا والزوجة ، وذات الولاء ، وكلهن ذوات فرض إلا الأخيرة وهي المعتقة فإن اجتمعن فلا يرث منهن إلا الزوجة والبنت وبنت الابن والأم والأخت الشقيقة » . الشرح الصغير جـ 4 ص 198 . الكافي ص 562 وما بعدها . بداية المجتهد جـ 2 ص 338 .

(2) أجمعوا على أن فرض الأبوين من ميراث ابنهما إذا كان للابن ولد ، أو ولد ابن السدسان . أي لكل واحد منهما السدس لقوله تعالي : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ﴾ بداية المجتهد (342/2) .

(3) قاعدة : لا يأخذ إخوة المتوفى شيئًا مع وجود الابن أو الأب لأنهما أقرب للميت من إخوته .

(4) قاعدة : كل من قرب من المتوفى كان أولى بالميراث من غيره متى كان من العصبة .

(5) الأقرب يحجب الأبعد . الشرح الصغير (198/4) .

(6) قاعدة : كل من أدلى للميت بواسطة فلا يأخذ نصيبه من الميراث ما دامت هذه الواسطة موجودة مستحقة للميراث .

(7) كل من أدلى بواسطة حجبته تلك الواسطة إلا الإخوة لأم ، وكل أسفل محجوب بأعلى منه فابن ابن ابن محجوب بابن ابن ... الشرح الصغير (211/4) .

العم لا يرث مع وجود العم ، وهكذا .

والقاعدة الثالثة : أن الشقيق مقدم على من كان لأب ، فلو مات وترك أخًا شقيقًا وأخًا لأب أخذ الأخ الشقيق كل المال ، وحجب الأخ لأب فلا يأخذ شيئًا [1] ، وهكذا العم الشقيق والعم لأب ، وأولاد الأخ الشقيق وأولاد الأخ لأب ، وأولاد العم الشقيق وأولاد العم لأب . فتكون التركة للأشقاء وأولادهم دون الذين للأب وأولادهم [2] .

القاعدة الرابعة : أن الجزئية تُقَدّم على القرابات الأخرى ؛ فجهة البنوة تقدم على جهة الأبوة ، وجهة الأبوة تُقَدّم على جهة الجدودة ، والأخوة ثم بنو الأخوة ، ثم العمومة ، ثم بنو العمومة الأقرب فالأقرب [3] . فإذا انفردت البنوة وكانت ذكرًا أخذت المال كله ، وإن كانت أنثى أخذت النصف ، وأبناء الأبناء كالأبناء ، وأما أولاد البنات فهم أجانب من المتوفى جدهم لأمهم . ويشترط في البنوة الوارثة أن تكون بنوة شرعية صحيحة ؛ فالولد المتبنى لا يرث وولد الزنى لا يرث ، فلا تبني في الإسلام [4] وولد الزنى مهدور الحق من جهة أبيه غير المعلوم .

وقد بنى التشريع الإسلامي تقسيم الميراث بين الذكر والأنثى على الضعف فللذكر مثل حظ الأنثيين ، وهو تقسيم عادل روعي فيه مصالح الهيئة الاجتماعية وذلك :

أولًا : أن المفروض حسب طبيعة التكوين أن الأنثى وجدت لحفظ النسل ولوجوده حملًا ووضعًا وإرضاعًا وتنشئة ، وما يلزم لذلك من إعداد بيت الزوجية يأوي إليه الزوج بعد عناء العمل وأوصاب طلب الرزق ، فكان طبيعيًا أن لا تكلف

---

(1) قاعدة : الشقيق مقدم على من كان لأب ، فلو مات وترك أخًا شقيقًا وأخًا لأب ؛ أخذ الأخ الشقيق كل المال وحجب الأخ لأب فلا يأخذ شيئًا .

(2) أجمع العلماء على أن الأخ الشقيق يحجب الأخ للأب ، وأن الأخ للأب يحجب بني الأخ الشقيق ، وأن بني الأخ الشقيق يحجبون أبناء الأخ للأب ، وبنو الأخ للأب أولى من بني ابن الأخ للأب والأم ، وبنو الأخ للأب أولى من العم أخي الأب ، وابن العم أخي الأب الشقيق أولى من ابن العم أخي الأب للأب ، وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنيهم . بداية المجتهد (351/2) .

(3) قاعدة : الجزئية تُقَدَّم على القرابات الأخرى فجهة البنوة تقدم على جهة الأبوة ، وجهة الأبوة تُقَدَّم على جهة الجدودة ، والأخوة ثم بنو الأخوة ثم العمومة ثم بنو العمومة الأقرب فالأقرب .

(4) لقوله تعالى : ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ﴾ . سورة الأحزاب آية رقم 5 .

بتحصيل الرزق ؛ فالواجب على الزوج طبيعيًا توفير المال لها من عمله وما يملكه ، فهي ومن تعقب حِمْلٌ على الزوج حتى يُمْكِنَهم كسبُ قوتهم فلا يجب عليها الإنفاق ؛ فكان عدلًا أن يكون نصيب الذكر مثل الأنثيين .

ثانيًا : إن الواجب في نظم الحياة الاجتماعية أن لا تكون الثروة في يد واحدة بل يجب أن تنتقل من يد ليد كسبًا وعملًا وإيجادًا وسلبًا ، والمرأة - كما قدمنا - تلزم البيت فلا تنفق ما معها فتبقى الثروة مستقرة غير سائرة ، وهو احتكار يوقف التداول ويعطل الإنتاج ، ويدعو علماء الاقتصاد إلى محاربة عدم التداول والاحتكار [1] .

ثالثًا : إن المفروض في الأنثى أن تتزوج وفي الزواج حرمان للمرأة من حريتها الكاملة وقصر لمنفعتها على الزوج وأولاده وبيته ، وهو ما دعت إليه سنة الوجود ، فكان هذا تنازلًا من الزوجة عن حقوقها الشخصية الكاملة ؛ فيجب تعويضها عن ذلك عدلًا وهو ما فرض على الزوج من مسكن وأكل وكسوة لها ولأولادها من زوجها ؛ فيكون واجب الزوج مضاعفًا لنفسه أولًا ، وثانيًا لزوجته وأولاده منها ، فإعطاؤه ضعف نصيب الأنثى عدل ولا ظلم فيه لها إطلاقًا .

رابعًا : كان العرب لا يورثون البنات فجاء الإسلام ومحا هذه العادة ، وأعطى للبنت نصف الرجل ؛ لأن الإنسان غيور على ما جمع من أملاك فهو يريد دائمًا حفظها لأولاده ، والبنت لا تبقى في منزل أبيها وإنما تنتقل إلى منزل زوجها ، فتأخذ مالها فيتصرف فيه زوجها ، وفي ذلك من النكاية بعائلة الزوجة كثير ، فنظر الشارع إلى البنت - وتلك عادتها - فأعطاها النصف من الذكر وحَرَّم حرمانها من ميراثها ، ولهذا قال الرسول المشرع ﷺ فيما نطق به : « من أحرم وارثًا من ميراثه أحرمه اللّه من ريح الجنة » .

ومع كون البنت لها فرض النصف من الذكر ، فإن الناس يتحايلون حال حياتهم على بيع ما يملكون لأولادهم الذكور لحرمان الإناث من ميراثهم خشية نقل أملاك العائلة لبيت زوج البنت ، فالعدل الوسط مراعاة للاعتبارات السابقة لا إفراط بالمساواة ، ولا تفريط بالحرمان .

وهذا ما وصل إليه عقلي الضعيف ، ولعل اللّه يلهم غيري بما هو خير ، على أن

(1) تأمل هذه الحجة في الانتصار لنظام الميراث الإسلامي ، واستنادها لنوع من التحليل الاقتصادي . ولعل المؤلف هو الذي نبّه إليها ، وهي بعد غير متداولة .

التشريع السماوي - وإن خفيت علينا علله - فهو مشروع لمصلحة البشر وهم لا يهتدون إلى تعليله - وسبحان علام الغيوب - فلا يصح عقلًا أن نترك التشريع السماوي ؛ لأننا لم نفهم حكمته إلى تشريع وضعي أعرج وضعه البشر بعقولهم القاصرة ، كبعض الأمم المسلمة التي خرجت عن تشريع دينها وسوت في الميراث بين الذكر والأنثى ، بل وصرحت بزواج غير المسلم بمسلمة ، وهو خروج كلي عن الشريعة الإسلامية ، ومع ذلك تدعي أنها من الأمم الإسلامية ويقول الله ﷻ : ﴿ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ ٱلْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِۦ جَهَنَّمَ .. ﴾ [1] إلخ ويقول الله : ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴾ [2] والآيات والأحاديث على ذلك كثيرة مستفيضة ، والله يتولانا وإياهم بالهداية إلى الدين المستقيم ، دين محمد وأصحابه والتابعين .

وحكم الأنثى في جميع ميراثها - وهو النصف من الرجل - حكم عام يشمل البنوة والأخوة وغيرهما إلا الإخوة لأم فلهم حكم خاص بهم ، فإن كانوا ذكورًا وإناثًا استوى الذكر والأنثى ؛ فتأخذ الأنثى كالذكر لورود النص الصريح في ذلك .

فإن كان الأخوة كلهم أشقاء أو كانوا لأب وكانوا هم الورثة فقط أخذوا المال جميعه ؛ ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وأما الإخوة لأم فلهم فرض مقدر وهو الثلث متى كانوا أزيد من واحد ، فإن كان واحدًا فله السدس .

فإن اجتمع إخوة أشقاء وإخوة لأب أخذ الأشقاء التركة وحجبوا الإخوة لأب ، وإن اجتمع إخوة لأب ، أو إخوة أشقاء مع إخوة لأم أخذ الإخوة لأم فرضهم وهو الثلث ، والباقي للإخوة الأشقاء أو للإخوة لأب عند عدم الأشقاء بشرط عدم وجود أب ، أو ابن ، أو ابن ابن ، أو جد ، أو بنت ، أو بنت ابن ، فإن وجد واحد من هؤلاء حجبوا إخوة الأم ، ولا شيء لهم من التركة .

وكل الذكور الوارثين عصبة إلا الزوج والأخ لأم فمن ذوي الفروض [3] . والعاصب هو الذي يحوز المال إذا انفرد ويأخذ ما بقي بعد أصحاب الفروض [4] .

---

(1) سورة النساء الآية رقم 115 . (2) سورة المائدة الآية رقم 47 .

(3) والوارثون من الرجال عشرة الابن ، وابنه وإن سفل ، والأب ، والجد للأب وإن علا ، والأخ ، وابنه ، والعم ، وابنه ، والزوج ، وذو الولاء ، فلهم عصبة إلا الزوج ، والأخ للأم فإنهما أصحاب فرض . الشرح الصغير (194/4) .

(4) العاصب هو : من ورث المال كله إن انفرد ، أو ورث الباقي بعد جنس الفرض . الشرح الصغير (198/4) .

وكل الوارثات أصحاب فروض إلا البنت أو بنت الابن ، مع الأخت ، أو إذا كانت مع ذكر في درجتها فهي عصبة ، وسيأتي كل ذلك مفصلًا .

ويلاحظ أن المشرع الوضعي قدم درجة الأخوة على درجة الأبوة والأمومة مع أن الأب والأم أصل المتوفى وأصل إخوته ، ولا يجوز عقلًا وعدلًا تقديم درجة الفرع على الأصل ، ولهذا استدرك وقال : إن الأب والأم مستثنيان من تطبيق نظام القاعدة الثالثة ، وتعطى مع الطبقة الثانية فأعطى كل واحد منهما الربع .

والمشرع الإسلامي جعل طبقة الإخوة والأخوات بعد طبقة الأصول ، فإذا وجد أب وأم للمتوفى ، وإخوة أشقاء أو لأب أو لأم فلا شيء لهم ؛ لأن الأب – وهو أصل – يحجبهم ؛ لأنه هو واسطة الاتصال بينهم وبين ولده المتوفى ؛ فلا يرثون من أخيهم مع وجود أبيهم ، ويعطى للأم السدس ، والباقي للأب تعصيبًا ؛ لأن الإخوة يحجبن الأم من الثلث للسدس ، وإن كان لا ينالهم شيء من التركة .

الميراث يتبع عصبية الرجل من جهة أبيه فلا ميراث إلا للأم والجدة عند عدم الأم ما دام أحد من الذكور الوارثين العشرة المتقدمين موجودًا ، فإن انعدموا فلا ميراث لذوي الأرحام عند مالك ، وإنما بيت المال (خزانة الدولة) هو الوارث .

فلو ترك المتوفى جدًّا لأم وابن عم من جهة أبيه فلا شيء للجد لأم ؛ لأنه ليس عاصبًا بل هو من قرابة الرحم ، ولكن ابن العم عاصب فيرث المال وحده ، ولا شيء للجد لأم .

فإن ترك جدًّا لأب (يقال له جد صحيح) لأنه من جهة الأب ، وأخًا فإن الجد يقاسم الأخ لأب أو الأخ الشقيق فيأخذ نصف التركة وللأخ النصف الباقي . فإن ترك أبًا وأمًّا وعمًّا من جهة الأم ؛ فإن للأم الثلث ، وللأب الثلثان ، تعصيبًا ولا شيء للعم من جهة الأم .

وليس هذا حدًّا لسلسلة الورثة ؛ فلو فرض أن المتوفى ترك مالًا ووهب منفعته لآخرين مدة حياتهم وحازوا الهبة للانتفاع ، ومضى على ذلك مدة مات ابن المتوفى ، وابن ابنه ، وابن ابن ابنه إلخ إلى الدرجة العشرين مثلًا فإنه يرث جده المتوفى الأول ، فلا حد لأي تدنٍّ ولا لعلو .

ولا مانع من ذكر الفروض والورثة بإيضاح موجز :

1 – الأب وله حالتان : فرضًا وقد يرث تعصيبًا :

الحالة الأولى : فرضه السدس فيأخذ السدس متى ترك المتوفى فرعًا وارثًا ذكرًا أو

أنثى ، وولدًا أو ولد ولد وإن سفل (والولد يشمل الذكر والأنثى) [1] .

الحالة الثانية : فرضه الثلث عند عدم وجود الفرع الوارث .

2 - الأم ولها حالتان :

الحالة الأولى : فرضها السدس فتأخذ السدس متى كان للمتوفى ولد أو ولد ولد ، أو كان له اثنان فأكثر من الأخوة أو الأخوات مطلقًا .

الحالة الثانية : فرضها الثلث عند عدم الفرع الوارث ، أو عدم وجود اثنين فأكثر من الإخوة والأخوات .

3 - البنت : فرضها النصف إذا لم يكن معها أخ أو أخت [2] .

4 - بنتان فأكثر : وفرضهن الثلثان إذا لم يكن معهن أخ يعصبهن [3] .

5 - بنت الابن : وفرضها النصف إذا لم يكن للميت فرع وارث غيرها [4] .

6 - أكثر من بنت ابن : وفرضهن الثلثان عند عدم فرع وارث أو من يعصبهن .

7 - بنت ابن : فرضها السدس مع البنت [5] .

8 - أخت شقيقة : وفرضها النصف عند عدم الفرع الوارث ، وفرضها السدس أيضًا مع وجود البنت فقط ، وإن تعددت الأخوات الشقيقات أخذن الثلثين مع عدم الفرع الوارث ، وتسقط بالأب أو الابن .

9 - الأخت لأب : كالأخت الشقيقة لكنها ترث عند عدم الأب أو الابن [6] إلخ .

---

(1) والسدس فرض أب ... مع فرع وارث للميت ، فإن كان الفرع ذكرًا ؛ فليس للأب غير السدس ، وإن كان أنثى فله السدس فرضًا ، والباقي تعصيبًا . الشرح الصغير (198/4) وقد بينت المادة التاسعة من قانون الميراث المصري الصادر عام 1943 الحالة التي يرث فيها الأب والجد الصحيح بالفرض ، طبقًا لما أجمع عليه الفقهاء المسلمون . وهو ما جاء بالمادة 266 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة 297 من نظيره الكويتي .

(2) والنصف للبنت إذا انفردت عمن يعصبها ، وهو أخوها المساوي لها . الشرح الصغير (195/4) ، وهو ما بينته المادة الثانية عشرة من قانون الميراث المصري المشار إليه فيما سبق . والمادة 300 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

(3) والثلثان لذوات النصف إن تعددن ، وهي البنت ، وبنت الابن ، والأخت الشقيقة ، والأخت للأب . الشرح الصغير (196/4) .

(4) والنصف لبنت الابن إن لم يكن بنت . الشرح الصغير (195/4) .

(5) السدس لبنت الابن مع البنت الشرح الصغير . (197/4) .

(6) بينت المادة الثالثة عشرة من قانون الميراث المصري الصادر عام 1943 ميراث الأخوات الشقيقات أو لأب بالفرض بما لايخرج عن ذلك ، وهو ما بينته كذلك المادة 270 من قانون الأحوال الشخصية السوري ، والمادة 301 من نظيره الكويتي .

10 - زوج : فرضه النصف عند عدم الفرع الوارث مطلقًا ، وله الربع متى وجد فرع وارث للزوج [1] .

11 - زوجة : فرضها الربع عند عدم الفرع الوارث لزوجها ، ولها الثمن عند وجود الفرع الوارث ، وتشترك الواحدة مع الأكثر في الربع أو الثمن قسمة متساوية [2] .

12 - إخوة لأم : فرضهم الثلث عن عدم وجود الأب أو الابن ، أو ابن الابن ، وإن نزل أو الجد أو البنت أو بنت الابن ، فإن كان أخ لأم واحد ففرضه السدس ، والفرض هنا يقسم بينهم بالتساوي الذكر كالأنثى [3] .

13 - جد (الجد الصحيح) هو الذي يرث وهو ما كان من ناحية الأب . وله أحوال خمسة [4] :

أولًا : أن يكون الجد مع الابن وحده أو معه ، ومع أصحاب فروض فله السدس فرضًا فقط [5] .

ثانيًا : أن يكون مع الجد بنت أو بنتان وحدهما أو معهما غيرهما من ذوي الفروض ، فله السدس فرضًا وما بقي بعد فرض غيره ، له تعصيبًا .

ثالثًا : أن يكون مع الإخوة الأشقاء أو لأب ، وليس معهم صاحب فرض فله حالتان : المقاسمة كأنه واحد منهم ، أو ثلث جميع المال .

رابعًا : أن يكون مع الإخوة ذا فرض فله الأفضل من أحد ثلاثة أمور : السدس من أصل الفريضة ، أو ثلث الباقي ، أو المقاسمة .

خامسًا : أن ينفرد بلا ولد ولا إخوة أشقاء أو لأب حتى ولو كان معه إخوة لأم

---

(1) النصف للزوج عند عدم الفرع الوارث . الشرح الصغير (195/4) وهو ما جاءت به المادة الحادية عشرة من قانون الميراث المصري ، والمادة 268 من قانون الأحوال الشخصية السوري ، والمادة 299 من نظيره الكويتي .

(2) الربع للزوجة الواحدة ، أو الزوجات لفقد الفرع الوارث للزوج من ولد ، أو ولد ابن ذكرًا ، أو أنثى ، والثمن لهن لوجوده . الشرح الصغير (195/4 ، 196) .

(3) الثلث فرض لولدي الأم فأكثر من ولدين ، فلا يزيدون عن الثلث . الشرح الصغير (196/4) .

(4) يقول الدردير : « والفروض ستة : النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس ، فالنصف لخمسة : الزوج عند عدم الفرع الوارث ، والبنت إذا نفردت ، وبنت الابن ، لو لم يكن بنت ، والأخت الشقيقة أو لأب إن لم تكن شقيقة وعصب كلًا أخٌ يساويها ، والجد ، والأخت وهي مع الأوليين عصبة » . الشرح الصغير جـ4 ص 199 وما بعدها . الكافي ص 562 وما بعدها .

(5) السدس فرض جد عند عدم الأب مع فرع وارث للميت . الشرح الصغير (198/4) .

فإنه يأخذ المال جميعه ، ولا شيء للإخوة لأم ؛ لأنه يحجبهم .

14 – جدة فأكثر : وفرضها السدس تأخذه إذا لم يكن ولدها موجودًا ، أو بنتها التي أدلت للميت بها ، والجدة القربى تحرم البعدى .

ومن أراد معرفة أزيد من ذلك فعليه بكتب الميراث في المذاهب ففيها الكفاية لمن استزاد .

بند [11] نظرية التمثيل

القانون الفرنسي : نظرية التمثيل [1] منحة قانونية أعطاها القانون إلى بعض الورثة بدعوتهم إلى الميراث مع وجود ورثة من طبقة أقرب إلى المتوفى مكان أبيهم أو أمهم المتوفاة .

وذلك كما إذا تزوج زيد فولد له خالد وأحمد ، ثم تزوج خالد فولد له محمد وإبراهيم ، ثم مات خالد وترك ولديه محمد وإبراهيم ، ثم مات زيد وترك ولده أحمد وولدي ولده خالد وهما محمد وإبراهيم ، فلو اتبعنا نظام الطبقة القربى تحجب البعدى لحاز أحمد كل الميراث عن أبيه زيد ولا شيء لمحمد وإبراهيم ، ولكن القانون لم ير هذا ، بل منح محمدًا وإبراهيم حق تمثيل أبيهما خالد ودعاهما لأخذ نصيبه لو كان حيًا وهي نظرية التمثيل ، وهي موجودة في القانون الروماني في الأولاد إلى مالا نهاية وفي أولاد الإخوة والأخوات .

وتعليل ذلك أن القانون يفرض الشفقة التي كانت للولد المتوفى موجودة لأولاده والتي كانت للإخوة أو الأخوات أن زالت لأولادهم ، ولأجل أن لا يكون موت أبيهم سببًا في حرمانهم من ميراث جدهم .

منحة التمثيل تكون في حالتين :

الأولى : التمثيل يكون فيمن للمتوفى عليهم ولادة إلى مالا نهاية وهم أولاده

(1) أفضل استخدام المصطلح الفقهي « التنزيل » بدلًا من المصطلح القانوني التمثيل Presentation . ويلعب التنزيل دورًا مهمًا في نظام الميراث الشيعي الذي يقوم على تقسيم الورثة إلى جهات معينة ، أولها الأبوان والأولاد ، والثانية : الإخوة وأولادهم والأجداد ، ولا يرث هؤلاء مع وجود أحد من أفراد الطبقة السابقة . والثالثة : الأعمام والعمات والأخوال والخالات . وطبقًا لهذا الترتيب فإن بنت البنت تنزل منزلة البنت ولا يحجبها ابن الابن ، بل تحجب الإخوة والأعمام ، وينزل الجد الأبوي منزلة الأب ، كما يحل أولاد الإخوة الأشقاء أو لأب محل أصلهم . وقد لقي مبدأ التنزيل اعترافًا محدودًا في الفقه الحنفي والحنبلي في توريث الجهة الأولى من ذوي الأرحام . والخلاصة أن مصطلح التنزيل هو الأقرب إلى الاصطلاح الفقهي . وقد استندت المواد 77 وما بعدها من قانون الوصية المصري الصادر عام 1946 إلى مضمون فكرة التنزيل في تحديد الوصية الواجبة لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء بإعطائهم نصيب أصلهم بحيث يحلون محله . وهو ما استندت إليه كذلك المادة 257 وما بعدها من قانون الأحوال الشخصية السوري .

وأولادهم .. إلخ من أي درجة يكونون .

الثانية : كذلك يكون التمثيل للإخوة أو الأخوات وأولادهم إلى مالا نهاية في أي درجة .

ولا تطبق نظرية التمثيل في الأصول مطلقًا ؛ فالدرجة القَربى تحجب البعدى بلا تمثيل ، ولا تطبق كذلك في بقية الأقارب العاديين ماعدا الإخوة الأخوات .

شروط تطبيق نظرية التمثيل :

لتطبيق نظرية التمثيل يجب تحقيق الشروط الآتية :

أولًا : يجب أن يكون الممثل أهلًا لميراث مورث الممثَّل - يعني يكون له الحق في ميراث المتوفى لو لم تكن طبقته متأخرة عن الطبقة الموجودة الوارثة - فلا يمثل ولد طبيعي أباه في ميراثه من أبيه ؛ لأن الولد الطبيعي لا علاقة له ولا ميراث من والد أبيه الشرعي .

ثانيًا : يجب أن يكون الممثل ولدًا شرعيًا للممثل فإن التمثيل لم يشرع إلا للأولاد الشرعيين بالنسبة لآبائهم .

ثالثًا : يجب أن يكون الممثَّل قد مات قبل وفاة المورث ، فإن تنازل الممثل بعد وفاة المورث عن ميراثه فلا محل للتمثيل ؛ لأن الممثل قد استعمل حقه في التنازل .

رابعًا : يجب أن يكون الممثَّل غير محروم من ميراث المتوفى؛ لأنه لا يمنح أحد ورثة الممثل أكثر مما كان يستحقه هو .

خامسًا : يجب أن لا يكون بين الممثل والمتوفى وارث في درجة أقرب من المتوسطين بينهما .

نتائج التمثيل :

القاعدة أن الممثَّل يأخذ درجة ، وحق الممثَّل لا يأخذ أزيد ولا أقل ، ويكون التقسيم حسب الأصول للورثة لا حسب التعداد والرؤوس ، فلو ترك المتوفى ولدًا وثلاثة أولاد ولد ؛ قسم الميراث إلى قسمين : قسم لولده ، وقسم لثلاثة أولاد ولده يقسم بينهم بالتساوي .

وإن مات وترك أولاد ولديه أو أولاد إخوته وأخواته ؛ تُقَسَّم التركة بينهم حسب الأصول ؛ يعني تقسم على أصولهم الوارثين من المتوفى ، ويقسم نصيب كل أصل بين ورثته هو [1] .

---

(1) انظر : البنود من 739 إلى 744 في الباب الثالث ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 164 - 165 ولعله قد اتضح الآن الأصل الذي استلهمته قوانين الأحوال الشخصية في القول بفكرة الوصية الواجبة وهو ما يزيد من الوعي بأهمية الدراسات الفقهية المقارنة .

بند [12] نظرية التمثيل

التشريع الإسلامي : نظرية التمثيل في التشريع الإسلامي : هذه النظرية غير معمول بها في التشريع الإسلامي ؛ لأن الشفقة على الولد أكثر من الشفقة على ولد الابن ؛ لهذا كان توريث الولد لا يحتاج لتوكيد ؛ فالقانون فرض الجزئية فيها من غير نص ؛ ولأن الشفقة على ولد الابن بعدت عن المورث ، فلكي يرث يجب أن يُنَصَّ على ذلك بإرادة صريحة من المورث - وهي الوصية - فإذا أراد المورث توريث ولد ابنه فعليه إظهار رغبته صراحة في وصية لهم ، ولو كانوا وارثين بالفعل فلا تصح لهم الوصية ؛ لأنه لا وصية لوارث [1] .

وأما أنه يقال : لا يكون موت مورثهم سببًا في حرمانهم من الميراث فلا يصح أن يكون علة للتمثيل ؛ لأن التوريث مبني على قواعد منها : أن الأقرب للمتوفى يحجب الأبعد فيرث الأقرب فقط متى كان من العصبة [2] ، وإلا فكان الواجب اطراد هذه العلة في كل فرع وارث أو أصل أو حواشي ، وهو غير معقول ؛ لأن معناه خرم قواعد عامة مقررة بشيء لم يرده المورث ، ولو أراده لنص عليه في وصيته . وعلى هذا فالابن يحجب ابن الابن ، والأخ يحجب ابن الأخ قاعدة عامة بلا استثناء ، وقد عمل الآن في ديارنا المصرية بوجوب الوصية لولد الابن وولد البنت الموجود من يحجبهم من أولاد المتوفى [3] .

---

(1) قاعدة : لا وصية لوارث .

(2) قاعدة : الأقرب للمتوفى يحجب الأبعد فيرث الأقرب فقط متى كان من العصبة .

(3) أحيانًا يتوفى بعض الأولاد في حياة والدهم ، ويتركون أولادًا يحرمون من الميراث في جدهم بسبب وجود أولاد ذكور له من طبقة أعلى فيصبح هؤلاء المحجوبون في فقر مدقع بينما أعمامهم في غنى ، ويسار ، مع أن والدهم قد يكون له الفضل الأكبر في تكوين هذه الثروة مع أبيه فضلًا عن أن حرمانهم من الميراث يؤدي إلى التفاوت الفاحش في مواجهة أعباء الحياة بينما هم في مستوى متقارب في صلة القرابة مما يولد الحقد ، والبغضاء .
لذلك بدأ الباحثون المعاصرون من رجال الفقه الإسلامي يفكرون في معالجة هذا الأمر انطلاقًا من أحكام الفقه الإسلامي ذاتها ، وقد وجدوا في الوصية بغيتهم .. وصدرت في مصر ، والكويت تشريعات تعالج هذه الوقائع ، ففي مصر : تناول المشرع المصري هذا الموضوع في المواد (76 ، 77 ، 78) من قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 م . وفي الكويت صدر القانون رقم 5 لسنة 1971 م الذي وافق علماء الشريعة عليه ، وقد رأت الدكتورة مريم الداغستاني أن هذا القانون مخالف لما أجمع عليه المسلمون ، ورأت أنه لا يتفق ، وعدالة التشريع الإسلامي .

=

بند [13] حقوق الولد الطبيعي

القانون الفرنسي : التكلم في حقوق الولد الطبيعي ليس سهلًا ؛ لأن المتشرع بين عاملين كلاهما أدق من الآخر .

أولًا : لا يصح حرمان الولد الطبيعي من أموال أبويه ؛ لأنهما أخطآ في وضعه وضعا شاذًا لا ينطبق عليه القانون المعمول به لحفظ وتنظيم أحوال الهيئة الاجتماعية ، ولا ذنب للولد في ذلك .

ثانيًا : حفظًا للنظم الاجتماعية السليمة المتفق عليها يجب إبعاد الضرر عن الولد الشرعي ، وعدم تمكين أحد من الاعتداء عليه في حقوقه المترتبة على زواج صحيح ، ويجب أيضًا المحافظة على الزواج الشرعي وعلى ثمراته وإلا عمت الفوضى ، وتلاشى النظام ، لذلك كان موقف المشرع دقيقًا .

وكان في القانون القديم سواء في بلاد القانون المكتوب أو العوائد قاعدة واحدة ، وهو أن ولد الزنا لا يرث ؛ وبذلك منع الولد الطبيعي من الميراث عقابًا له ؛ لأنه من زنا وهو بريء لم يرتكب جرمًا .

أولًا : حقوق الولد الطبيعي البسيط :

لكي يمكن لولد طبيعي بسيط أن يطلب حقه في ميراث أبويه يجب أن يكون معترفًا به منهما ، سواء أكان الاعتراف اختياريًا أم قهريًا .

طبيعية حق الولد الطبيعي القانونية :

لم يعد هناك شك في أن القانون منح الولد الطبيعي البسيط حق الوارث وصفته ، وأن له حق وضع اليد القانونية كوارث ، وأنه ليس ملزمًا بطلب تمكينه من الميراث بحكم قضائي ، بل يضع يده بقوة القانون كالوراث الشرعي بلا تفريق .

= انظر : أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية ص 282 وما بعدها . د . حسن صبحي عبد اللطيف ، المواريث في الشريعة الإسلامية ص 155 . وقد نظمت المادة 257 من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر عام 1953 والمعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975 موضوع الوصية الواجبة . وهناك العديد من الانتقادات الموجهة إلى نظام الوصية الواجبة ، فراجعها في « أحكام المواريث والوصية » لمحمد سراج ص 326 وما بعدها . وقد بان الآن الأصل الذي استندت إليه هذه النظرية ، وهي لهذا اجتهاد قلق يتعين النظر فيه ومراجعته بعد مرور هذا الوقت الطويل على تطبيقه .

نصيب الولد الطبيعي :

نصيبه يختلف حسب حالته مع بقية الورثة وذلك .

أولًا : ولد طبيعي مع أولاد شرعيين : يفرض الولد الطبيعي ولدًا شرعيًا ، وتقسم التركة على الجميع أقسامًا متساوية ، ثم يعطى للولد الطبيعي نصف ولد شرعي . فمن ترك ثلاثة أولاد أحدهم طبيعي يفرضون شرعيين ، وتُقَسَّم التركة أثلاثًا ، ثم يُعْطَى للولد الطبيعي نصف الثلث $\frac{2}{12}$ من التركة ، ويعطى للولدين الشرعيين بقية التركة $\frac{10}{12}$. فإن ترك أربعة أبناء ، اثنان شرعيان ، واثنان طبيعيان ، نفرضهم جميعًا شرعيين ثم نقسم التركة $\frac{16}{12}$ أربعة أقسام فيعطى لكل ولد طبيعي نصف الربع $\frac{2}{16}$ ويبقي $\frac{12}{16}$ للولدين الشرعيين كل واحد $\frac{6}{16}$.

ثانيًا : ولد طبيعي مع حواشي إخوة أو أخوات ممتازين ، أو مع من له على الجميع ولادة كوالدين أو جدين : وهكذا يعطى للولد الطبيعي في هذه الحالة ثلاثة أرباع التركة $\frac{3}{4}$، والباقي يُقَسَّم بين الورثة الباقين وهو $\frac{1}{4}$ التركة . فإن ترك المتوفى إخوة أو أخوات مع ولده الطبيعي ، أو ترك أولاد إخوته أو أولاد أخواته الشرعيين أخذ الولد الطبيعي $\frac{3}{4}$ التركة ، والربع الباقي يقسم بين بقية الورثة .

ثالثًا : ولد طبيعي مع حواشي غير مميزين ، وهم ماعدا الإخوة والأخوات ؛ في هذه الحالة يأخذ الولد الطبيعي كل التركة ويحجب الباقين من الأقارب .

حقوق ولد الزنا أو من وُلِد من أقارب حرم القانون اجتماعهم (زواجهم) : ليس لهم حق في الميراث ، وإنما لهم حق المعيشة على الميراث المتروك عن أبيهم أو أمهم ، وينتهي هذا الحق متى عَلَّم الأب أو الأم هذا الولد مهنة تفي بمعاشه أو أعطاه شيئًا من أملاكه يساعده على الحياة .

ورثة الولد الطبيعي :

ميراث الولد الطبيعي البسيط : الولد الطبيعي البسيط يرثه ثلاث طبقات :

(1) الطبقة الأولى : أولاده سواء كانوا أولادًا شرعيين أو طبيعيين أعطاهم القانون صفة الوارث ، فلا يشاركهم في الميراث أحد .

(2) الطبقة الثانية : أبوه وأمه ، فإن مات الولد الطبيعي عن أبيه أو أمه الذي أقر

به واعترف ببنوته ، ولم يكن للمتوفى ولد ولا ولد ولد أخذ التركة كلها من اعترف به . فإن وجد الأبوان واعترفا به أخذ كل منهما نصف تركته .

(3) الطبقة الثالثة : إخوته و أخواته الطبيعيون ، فإن مات الولد الطبيعي ولم يترك أولادًا ، ولا أولاد أولاد ، ولا أبا ، ولا أما ، وترك إخوة أو أخوات طبيعيين أخذوا التركة بشرط أن يكون معترفًا بهم أيضًا مثله ، وليس لهم صفة الوارث ، بل عليهم طلب تمكينهم من وضع يدهم على تركة أخيهم بعد إثبات صفتهم .

حق الرجوع المحفوظ إلي الإخوة والأخوات الشرعيين : إذا مات الولد الطبيعي وترك إخوة شرعيين وإخوة طبيعيين ، ورثه إخوتُه الطبيعيون ، وللإخوة الشرعيين أخذ ما ورثه أخوهم الطبيعي من أبيهم أو أمهم بعد وفاتهم .

ميراث ولد الزنا وولد من حَرَّم القانون زواجهم للقرابة :

يرثه طبقة واحدة وهم أولاده سواء أكانوا شرعيين أم طبيعيين [1] .

بند [14] الولد الطبيعي

التشريع الإسلامي : الولد الطبيعي هو الذي لم يستند إلى فراش شرعي صحيح ولم يعترف به أبوه ، والولد الطبيعي قد يأتي من غلط في الوطء ، أو من نكاح لم يستوف شروطه الشرعية . وكل نكاح يدرأ الحد لما فيه من شبهة ، فإن الولد الناتج عنه يلحق بأبيه ويرث منه ، وهو والولد الشرعي سواء ، ولا يقال له ولد طبيعي [2] .

وكل ولد يصح الاعتراف ببنوته واعْتُرف بها بالفعل فهو وارث شرعًا وهو ولد شرعي لأبيه [3] ، وشروط الاستلحاق مرت في باب النسب فارجع إليه إن شئت [4] .

---

(1) انظر : البنود من 756 إلى 766 في الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 168 – 172 .

(2) قاعدة : كل نكاح يدرأ الحد لما فيه من شبهة فإن الولد الناتج عنه يلحق بأبيه ويرث منه ، وهو والولد الشرعي سواء ولا يقال له ولد طبيعي .

(3) قاعدة : كل ولد يصح الاعتراف ببنوته واعْتُرف بها بالفعل فهو وارث شرعًا وهو ولد شرعي لأبيه .

(4) يقول الإمام مالك في باب إلحاق الولد بأبيه : عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت : « كان عتبة بن أبي وقاص عَهَد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك ، فلما كان عام الفتح أخذه سعد وقال : « ابن أخي وقد عهد إلي فيه فقام إليه عبد بن زمعة فقال : أخي وابن وليدة أبي ، ولد على فراشه فتسابقا إلى رسول الله ﷺ .. فقال عليه الصلاة والسلام هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال ﷺ : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » وراجع باب الولد المستلحق . تنوير الحوالك جـ 2 ص 119 ، 120 .

فإن كان الولد لم يستند إلى فراش صحيح أو فاسد درأ الحد ، أو لم يحكم بلحوقه لأبيه فهو ولد زنا ؛ ولا يرث من أبيه إطلاقًا [1] والسبب الذي دعا المشرع الوضعي إلى اعتبار الولد الطبيعي ولدًا شرعيًا وورثه في أبيه أن تعدد الزوجة ممنوع قانونًا ، فإذا قلنا : إن ولد المنكوحة الأخرى ولد شرعيّ فقد سوينا بين النكاح الصحيح قانونًا والنكاح الاتفاقي المخالف للقانون عندهم .

وليست العلة في توريث الولد الطبيعي أنه ما جنى على أحد فلا تصح معاقبته بجناية أبويه ؛ لأنه لو كان هذا صحيحًا لأبحنا ميراث ولد الزنا ؛ لأنه نتيجة فعل الغير قطعًا فلا يعاقب بالحرمان . والتشريع الوضعي والتشريع السماوي متفقان على عدم توريث ولد الزنا ممن زني بأمه ما دام لم يعترف ببنوته أحد ، فإن اعترف أحد ببنوته وكان مستجمعًا شروط الاستلحاق الشرعية كان الولد شرعيًا ، وتساوى مع إخوته من فراش سابق أو لاحق . أما الولد الذي ولد من أقارب حرم القانون اجتماعهم فهو ولد زنا إذا وقع على هيئة زواج ؛ لأنه باطل ولا يدرأ الحد ؛ فلا يلحق الولد ويحد الزوجان فلا ميراث . وأما إن كان الوطء من غلط ، أو شبهة مثلًا كمن بحث عن زوجته ليلًا فظن من وجدها وهي نائمة أنها زوجته فوطأها فإذا هي أخت زوجته فحملت فولدها يلحق بالمخطئ ويرث فيه ؛ لأن الحد مدروء بالشبهة وبهذا اتفق التشريع الوضعي وهو مأخوذ من التشريع السماوي على عدم توريث ولد الزنا والولد الناتج عن نكاح محرم معروف للزوج [2] .

وليس منع ولد الزنا من الميراث عقابًا له لأنه من زنا . وإنما الواجب محافظة على النظم الاجتماعية ، وعلى ضمان أن الولد للفراش ، وأنه ابن أبيه . فلو أبحنا مزاحمة غير الولد الشرعي إلى الولد الشرعي في حقوقه لقوضنا بناء اتفق الجميع على وجوب بقائه والمحافظة عليه . وأما الولد المعترف به المستحلق فهو ولد شرعي ؛ فإذا مات شخص وترك ولدين من زوجية قائمة وولدًا من امراة غير زوجة ، ولكن

---

(1) قاعدة : الولد الذي لم يستند إلى فراش صحيح أو فاسد درأ الحد أو لم يحكم لحوقه لأبيه فهو ولد زنا ؛ ولا يرث من أبيه إطلاقًا .

(2) قاعدة : لا يورث ولد الزنا والولد الناتج عن نكاح محرم معروف للزوج . ولكنه يرث أمه وأقرباءها لثبوت نسبه منها ، وهو ما بينته المادة 47 من قانون الميراث المصري ، ونصها : « مع مراعاة المدة المبينة بالفقرة الأخيرة من المادة 43 يرث ولد الزنا وولد اللعان من الأم وقرابتها ، وترثهما الأم وقرابتها » . وهو ما جاء في المادة 303 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة 335 من نظيره الكويتي .

المتوفى قد اعترف بهذا الولد أنه ابنه ومات على ذلك ، وكان هذا الولد يولد لمثله ، وليس له نسب معلوم كان هذا الولد وارثًا من المتوفى وهو ولد له وأخ أولاده لأبيهم ؛ فتقسم التركة بينهم أثلاثًا إن كانوا ذكورًا ، وللذكر مثل حظ الأنثيين إن كانوا ذكورًا وإناثًا ، وليس ملزمًا بطلب تمكينه من التركة بحكم قضائي إلا إذا أنكره بقية الورثة شأن كل وارث أيًا كانت مرتبته إذا تعرض له أحد في حقوقه .

نصيب الولد المستَلْحَق :

الولد المعترف ببنوته يسمى مُسْتَلْحَقًا ، ونصيبه كولد مستند لفراش صحيح من جميع الوجوه فهو عصبة يرث المال إذا انفرد ، ويرث ما بقي بعد أصحاب الفروض ، ويقاسم إخوته لأبيه للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويمنع العصبة البعيدين عن الميراث بحجبهم . ومعلوم أن الولد مجهول النسب الذي لم يستلحقه أحد ولم يُعْرف أبوه هو ولد زنا فأمه معروفة أو مجهولة . فإن كانت معروفة فهي أم و لها ميراث الأم – وهو الثلث أو السدس كما مر سابقًا – وجَدَّتُه ترث فيه إذا فقدت الأم ، وأخواته لأمه يرثون فيه بالثلث أو السدس كما سبق أيضًا ، وأولاده يرثونه كأولاد أي شخص صحيح النسب بلا فارق إطلاقًا [1] .

وإن نفقة الولد المجهول النسب من أبوين في بيت المال ، والمعلومة أمه على أمه إن كانت موسرة ، وإلا فعلى أقرب الناس إليها ، وإلا ففي بيت المال . ولا معنى لإلزام تركة المتوفى بنفقة ولد الزنا الذي لا يعترف المتوفى ببنوته وكيف ينسب إليه . هذا حكم شاذ في القانون الوضعي [2] .

---

(1) يرى الفقهاء المسلمون صحة إثبات النسب بالإقرار على النفس ، وهو الإقرار بالبنوة الذي يستتبع أن يكون المقر له أخًا لأولاد المقر وحفيدًا لأبيه وابن أخ لأخيه . وهذا هو الإقرار المباشر والذي يطلق عليه الأحناف اصطلاح الاستلحاق حاشية ابن عابدين 5/586-616 . وقد اشترط جمهور الفقهاء لإثبات النسب بهذا الإقرار جهالة نسب المقر له ، وإمكان ثبوت نسبه من المقر بأن يمكن ولادة مثله لمثله ، ومصادقة المقر له على هذا الإقرار ، وذلك إذا كان المقر له بالغًا مميزًا . أما لو كان صغيرًا فلا يشترط هذا الشرط ، حتى لو كبر بعد ذلك ونازع في هذا الإقرار لم يلتفت إلى منازعته . ويجب مع هذه الشروط ألا يصرح المقر بأن الولد ابنه من الزنا ، لأن الزنا لا يصلح أن يكون سببًا لثبوت النسب . وكما يثبت نسب الولد بإقرار الأب يثبت نسبه من الأم بإقرارها بأمومتها له بالشروط المذكورة . راجع النسب وآثاره للدكتور محمد يوسف موسى ، الطبعة الثانية بالقاهرة ، وراجع كذلك ثبوت النسب في الشريعة للدكتور أحمد الشافعي طبعة 1413 - 1992 .

(2) يقول الإمام مالك في باب القضاء في ميراث الولد المستلحق : « الأمر المجتمع عليه عندنا في الرجل يهلك وله بنون فيقول أحدُهم قد أقر أبي أن فلانًا ابنه أن ذلك النسب لا يثبت بشهادة إنسان واحد ، ولا يجوز إقرار الذي أقر إلا على نفسه في حصته من مال أبيه ، يعطى الذي شهد له قدر ما يصيبه من المال الذي بيده » . تنوير الحوالك جـ 2 ص 120 . =

بند [15] حق من بقي حيًا من الزوجين

القانون الفرنسي : لم يكن لمن بقي حيًّا من الزوجين حق في الميراث من تركة المتوفى إلا إذا لم يترك أولادًا طبيعيين أو أقارب حتى الدرجة الثانية عشر ، ثم تدرج المشرع في إصلاح حاله بعدة قوانين حتى وصل إلى الحقوق الآتية :

يشترط في استحقاق الميراث لمن بقي حيًّا من الزوجين ما يأتي :

أولًا : أن لا يكون صدر حكم الطلاق بين الزوجين ؛ لأنه قاطع للعلاقات الزوجية بما فيها الميراث .

ثانيًا : أن لا يكون صدر حكم بالتفريق الجسماني ضد من بقي حيًّا ، فإن التفريق الجسماني لا يقطع علاقات الزوجية ، لكن من مستلزماته أن من صدر ضده يحرم من ميراثه من الزوج الآخر كعقاب له في ارتكاب الخطأ الموجب للتفريق المذكور .

حقوق أحد الزوجين الباقي متغيرة تبعًا لوجود أقارب من الطبقات الوارثة ، أو أولاد طبيعيين وتبعًا لعدم وجود أحد .

ففي حالة وجود أقارب للمتوفى من الطبقات الوارثة أو أولاد طبيعيين يكون لأحد الزوجين المذكور الانتفاعُ حسب ما يقدَّر ، تبعًا لحالة الورثة وعددهم وطبقتهم في الميراث ، وفي حالة عدم وجود أحد يحوز الزوج المذكور كلَّ التركة بكامل الملكية .

تقدير حق انتفاع أحد الزوجين الباقي حيًّا :

أولًا – حالة وجود أحد الزوجين مع أولاد للمتوفى من زواج سابق : في هذه الحالة يعطى أحد الزوجين حق انتفاع في نصيب ولد للمتوفى أقل ما يأخذ بشرط أن لا يزيد عن الربع ، فإن ترك المتوفى ولدًا من زواج سابق وثلاثة أولاد من هذا الزواج الذي مات فيه ؛ فيفرض أحد الزوجين ولدًا مع أربعة أولاد فيأخذ الخمس فيكون له حق الانتفاع بثمرة وربع خمس التركة ، فإن ترك المتوفى مع زوجته ولدًا واحدًا من سرير سابق ؛ فيفرض القرين الحي ولدًا فيأخذ النصف فيطبق الشرط ، وهو أنه لا يأخذ ما يزيد عن الربع ، إذن يكون له ريع ربع التركة فقط .

= ويبلغ هذا أن يكون إقرارًا على الغير ، أي غير المقر ابتداء ، وذلك بأن يقر أن فلانًا أخوه أو عمه أو ابن ابنه ، فإنه لا يثبت له ذلك إلا بعد ثبوت نسب المقر له من الأب أو الجد أو الابن . مغني المحتاج 266/3 .

ثانيًا – حالة وجود أحد الزوجين حيًا مع أقارب آخرين شرعيين ، أو أولاد طبيعيين للمتوفى : يكون لأحد الزوجين الباقي حيًا حق الانتفاع بثمرة وربع نصف التركة .

ويحسب حق الانتفاع بالربع لأحد الزوجين الحي على مجموع ما ترك المتوفى من جميع أعيان التركة إلا ما استثني من هبة أو وصية .. إلخ .

وبما أن حق الانتفاع بالثمرات يجعل الملكية مجردة عن الانتفاع ، ويجعل الوارث يقف مكتوف اليدين في التصرف في حقوقه الآيلة إليه من الميراث ؛ فلذلك أباح القانون للورثة استبدال حق الانتفاع بمعاش مدة الحياة ، فإن لم يقبل مستحق الانتفاع أجبره القضاء على ذلك إلى وقت نهاية تقسيم التركة . فإن قسمت التركة فلا يجبر المستحق على ذلك إلا إذا قبل هو شخصيًا باتفاق مع الورثة . فإن تزوج مستحق الانتفاع بالثمرة بطل حقه ، وكذا إن وُجِد ولد شرعي للمتوفى ؛ لأنه لا يصح أن يكون ثروة المتوفى لغير أهله .

وبما أن القانون لم يجعل لأحد الزوجين الحي قدرًا ثابتًا لا ينازعه فيه أحد ، فللمتوفى قبل وفاته حرمان قرينه بالإيصاء بكل تركته لشخص معين ، أو كما يرى فيبقى القرين الحي ، بلا منبع ثروة يعيش منه ، فله الحق قانونًا في طلب نفقة من التركة تفي معاشه ، ويحكم له على التركة [1] .

بند [16] التشريع الإسلامي

حق من بقي حيًا من الزوجين : رباط الزوجية حبل مقدس بنى عليه المشرع الإسلامي حقوقًا ثابتة دائمة فقرر التوارث بين الزوجين بمجرد عقد الزواج الصحيح ، ووفاة المورث منهما والزوجية قائمة بينهما ، فالميراث نتيجة حتمية للزواج الصحيح [2] .

والزوجية قد ربطت الزوجين بعلاقة شخصية هي أقرب من أي شخص آخر ، فكانت سببًا في علاقة النسب للأولاد وهم مقدمون في المنزلة الأولى من الورثة ، فكان الواجب أن يكون الباقي من الزوجين بعد وفاة الآخر محل عناية المشرع السماوي بعد مخالطة وعشرة غالبًا جعلت كلاهما تعلق بالآخر ، لهذا فصل فيه الأحوال الآتية :

---

(1) انظر : البنود من 767 إلى 773 في الفصل الثاني ، من الباب الرابع ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 171 – 172 .

(2) جاء في بداية المجتهد أن الأجناس الوارثة ثلاثة : ذو نسب ، وأصهار ، وموال . بداية المجتهد (502/2) .

أولًا : إذا مات الزوج وترك زوجته فلها حالتان :

(1) لم يترك الزوج أولادًا ولا أولاد ابن وإن نزلوا : فللزوجة الربع في التركة كلها الباقية للتوريث [1] . فلو مات الرجل وترك زوجته وأمه وأباه فللزوجة الربع ، ولأمه الثلث ، ولأبيه الباقي .

(2) ترك الزوج أولادًا أو أولاد ابن وإن نزلوا فللزوجة الثمن في التركة كلها الباقية للتوريث [2] ؛ فلو مات وترك بنتًا أو ابنًا أو بنت ابن أو ولد ابن مثلًا و أبًا وأمًّا فللزوجة الثمن ، وللأب السدس ، وللأم السدس ، والباقي لابن الميت أو ابن ابنه ، فإن كانت أنثى فلها النصف ، والباقي للأب تعصيبًا [3] .

ثانيًا : إذا ماتت الزوجة وتركت زوجها فله حالتان :

(1) لم تترك الزوجة ولدًا ولا ولد ابن : فللزوج النصف مما تركت [4] ، فلو ماتت وتركت زوجها وأمها وأخاها فللزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللأخ شقيقًا أو لأب الباقي تعصيبًا .

(2) تركت الزوجة لها ولدًا ، أو ولد ابن وإن نزل : فللزوج الربع مما تركت ، فلو ماتت [5] وتركت زوجها وابنها وأمها ، أو بنت ابنها وأمها وزوجها : فللزوج الربع وللأم السدس ، ولابنها الباقي ، أو لبنت ابنها النصف ، وللزوج الربع ، وللأم السدس ، والباقي يرد على غير الزوج من الورثة عند عدم الوارث الآخر في قول ، والقول الآخر يأخذه بيت المال [6] .

---

(1) الربع للزوجة الواحدة أو الزوجات لفقد الفرع الوارث للزوج من ولد ، وولد ابن ، ذكرًا أو أنثى ، منها أو من غيرها ، وخرج بالموارث ولد الزنا ، ومن نفاه بلعان فكالعدم ليحجبها للثمن . الشرح الصغير (195/4 ، 196) .

(2) والثمن للزوجة ، أو الزوجات لوجود الفرع اللاحق . الشرح الصغير (196/4) وهو ما بينته المادة الحادية عشرة من قانون الميراث المصري (1943) والمادة 268 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة 299 من نظيره الكويتي .

(3) يقول ابن رشد : « ميراث الأرمل من زوجها إذا لم يترك الزوج ولدًا ولا ولد ابن الربع ، فإن ترك ولدًا أو ولد ابن فالثمن ، وأنه ليس يحجبهن » . بداية المجتهد جـ 2 ص 342 . الشرح الصغير جـ 4 ص 199 .

(4) النصف للزوج يرثه من زوجته عند عدم الفرع للوارث ذكرًا أو أنثى . الشرح الصغير (195/4) .

(5) والربع للزوج لفرع من الزوجة يرث كبنت ، وابن منه ، أو من غيره ، ولو من زنا للحوقه بالأم . الشرح الصغير (195/4) .

(6) يقول ابن رشد : « أجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته إذا لم تترك ولدًا ولا ولد ابن النصف ذكرًا كان الولد أو أنثى وأنها إن تركت ولدًا فله الربع » . بداية المجتهد جـ 2 ص 342 . الشرح الصغير جـ 4 ص 199 .

ويشترط في الميراث بسبب المصاهرة (الزواج) :

(1) أن تكون الزوجة في العصمة وقت الموت حقيقة كما إذا لم يحصل طلاق أصلًا أو حكمًا كما إذا كانت في عدة الطلاق الرجعي منه (على تفصيل في ذلك) . وقد نصوا على أن الزوج إذا طلق زوجته طلاقًا رجعيًا ، ثم مات بعد سنة أو أكثر من يوم الطلاق فقالت : لم أحض من يوم الطلاق إلى الآن أصلًا ، أو لم أحض إلا حيضة واحدة أو اثنتين ولم أدخل في الثالثة . فلا يخلو حالها من أمرين : تارة يظهر في حال حياة مطلقها احتباس دمها للناس ، ويتكرر قولها للناس فيقبل قولها بيمين وترث من زوجها المتوفى لضعف التهمة حينئذ ، وتارة لم تكن تظهره في حال حياة مطلقها فلا يقبل قولها ؛ ولا ترث لدعواها أمرًا نادرًا فالتهمة قوية .

ونصوا أيضًا على أنه إن طلقها ومات بعد سنة من طلاقها فقالت : لم تنقض عدتي فأنا أرث وهي مرضع أو مريضة صدقت في عدم الحيض . وحاصله أنه إذا كانت المرأة مريضة أو مرضعة في كل المدة التي بين الموت والطلاق فإنها تصدق في دعواها في هذه الحالة عدم انقضاء عدتها بغير يمين . ولو كانت المدة أكثر من سنة وترث . فإن كانت مريضة أو مرضعة في بعض تلك المدة وادعت عدم الانقضاء بعد الفطام أو بعد زوال المرض ؛ ففي الموَّاق عن ابن رشد أن حكم المرضع بعد الفطام كالتي لا ترضع من يوم الطلاق ؛ لأن ارتفاع الحيض مع الرضاع ليس بريبة اتفاقًا ، وحينئذ فتصدق بيمين بعد الفطام سنة فأكثر إذا كانت تظهره في حياة مطلقها ، ومثلها المريضة فإن كانت لا تظهره فلا تصدق ولو بيمين ، وأما لو ادعت ذلك بعد الفطام في أقل من سنة فإنها تصدق بيمين .. اهـ .

مثل هذه الدعاوى في انقضاء العدة وعدم انقضائها خصوصًا بعد مدة الحمل الشرعية تسعة أشهر ، أو المدة الاحتياطية المقدرة بسنة من يوم الطلاق أو الوفاة كان مرجع الفصل فيها إلى مدة الحمل الاعتيادية ، أو تصديق المرأة لمدة سنة أو إن ارتابت أو ظهرت عليها أعراض الحمل إلى أقصى أمد الحمل وهو أربع سنوات أو خمس هذا .

ولكن الآن نحن في سنة 1364 هـ وسنة 1944 م وقد قطع الطب الشك باليقين و أمكن للطبيب الحاذق معرفة المرأة إن كانت حاملًا أم لا حتى ومعرفة كم شهر مضى على الحمل على وجه التقريب ، ومعرفة إن كانت المرأة حائضًا أم لا .

فوجب تغيير مجرى هذه الأحكام قطعًا . والاتجاه إلى الحكم الصحيح المبني على قواعد علمية صحيحة ندر أن تخطئ ، وهذا من مصالح الناس الواجب المحافظة عليها خصوصًا في عدم انقضاء العدة أو في دعوى الحمل . فمتى طلب الزوج من القاضي إحالة زوجته على الطبيب المسلم الحاذق الشرعي المتخصص في أمراض النساء لتقرير أن مطلقته حائض أم لا وجب على القاضي إجابة طلبه فورًا ، فإما تقبل المطلقة الكشف عليها ، وإما تعترف بالحقيقة .

وللورثة ومن يعنيهم أمر التركة طلب تحويل الزوجة المدعية الحمل إلى الطبيب لمعرفة حقيقة أمرها هل هي حامل أو مدعية الحمل . ويشترط في الطبيب الذي يؤخذ بقوله قضاء :

أولًا : أن يكون مسلمًا ، غير مشهور بالفسق ولا بالمجون ، محافظًا على سمعته وشرفه .

ثانيًا : أن يكون متخصصًا في أمراض النساء له في علمه درجة ممتازة ، قل أن يخطئ ، مشتغلًا بمهنة الطب مدة تؤهله للحكم الصحيح وهي عشر سنين .

ثالثًا : أن يحلف اليمين الشرعية أن يقول الحق ويقرر ما يراه بلا زيادة ولا نقص ، وأن يكشف كشفًا دقيقًا بلا محاباة .

والأحوط أن يكون من طبيبين أو ثلاثة مجتمعين أو منفردين ، ومتى كانوا كذلك كان رأيهم قاطعًا .

وليس في هذا إلا سد ذرائع الفساد وضمان حقوق العباد ، والضرب على أيدي الضالين الذين يريدون أكل أموال الناس بالباطل . وليس في هذا انتهاك حرمة كشف العورة ؛ لأن هذا لتقرير حق أو لدفع باطل ، وهو واجب عام فتذهب المصلحة الخاصة لتحقيق أمر عام ، ومتى شاع هذا راجعت المرأة نفسها قبل الادعاء لمعرفتها أنها سيكشف العلم عن كذبها أو صدقها ، خصوصًا في زمن أصبح الحق فيه نادرًا وشاع الفساد وخربت الذمم ، فوجب المصير إلى تحكيم الطب ؛ لأن هذا من قبيل المصالح المرسلة .

ثانيًا : أن لا تكون ملاعنة . فلا يرث ملاعن زوجته التي لاعنها إذا التعنت بعده بمجرد تمام لعانها . فإن ماتت قبل التعانها ورثها ، ولا ترث الزوجة الملاعنة كذلك

بعد لعان زوجها ، فإن بدأت ومات قبل لعان الزوج ورثت .

والمفهوم أن الولد يشمل الذكر والأنثى سواء أكان الولد من الزوج الموجود ، أم من غيره ، أم كان من الزوج المتوفى عنها ، أم من غيرها .

فالذي يحجب الزوج من النصف إلى الربع ولد المتوفاة من الزوج الوارث ، أو من غيره ، أو ولد الابن ، أو ولد ابن الابن وهكذا .

والذي يحجب الزوجة من الربع إلى الثمن : ولد المتوفى منها أو من غيرها ذكرًا ، أو أنثى ، أو ولد الابن ، أو ولد ابن الابن وهكذا ، وولد الزوج من غير الزوجة وولد الزوجة من غير الزوج سواء [1] .

وليس في التشريع الإسلامي تفريق جسماني ؛ لأن الزواج إما قائم مؤد لوازمه من الزوجين ، كلٌّ قائم بتعهداته ، وإما معدومٌ بالطلاق أو بالموت ، ولا واسطة بينهما .

وميراث الزوجين حق ثابت مملوك لهما عينًا ، لهما حق التصرف فيه بجميع وجوه التصرفات القانونية من بيع ، وبدل ، وهبة ، ورهن ، وإيجار .. إلخ . يعني ليس كالتشريع الوضعي يملكان في ميراثهما حق المنفعة ، بل يملكانه رقبة ومنفعة من جميع الوجوه .

وحقهما (أي الزوج والزوجة) لا يمكن إسقاطه بأي وارث ، ولا يُقَدَّم عليه أحد من الورثة ، فهما أصحاب فروض ، ولا بد من أخذ فرضهما ولو لم يبق للعاصب شيء من التركة .

ومتى توفى المورث فلا حقوق لأحد تنتقل على التركة إلا إذا كانت الالتزامات انتقلت عن ذمة المورث فيما ترك من التزامات مالية يجب الوفاء بها من التركة .

فلا يقضى بنفقة لأحد على التركة ؛ لأنها أصبحت بمجرد الوفاة ملكًا للورثة فلا يقرر حق على ملك الغير إلا لسبب صحيح قائم ، فلا حق للزوجة في فرض نفقة بعد الوفاة ، فإن كان لها دين تجمد في ذمة المتوفى من فرض نفقة أو غيره فيقدم سداد الدين على التوريث أولًا ، فإن بقي شيء فهو للورثة الذين منهم الزوجة صاحبة الحق .

---

(1) والثمن للزوجة أو الزوجات لوجود الفرع اللاحق . الشرح الصغير (196/4) .

بند [17] القانون الفرنسي

حق الحكومة : تستحق الحكومة الميراث متى توفى الشخص ، وليس له ورثة شرعيون ، ولا ورثة غير نظاميين ، وطبيعة حق الحكومة أنه ليس ميراثًا . وإنما هو حق عدم وجود فرع وارث ، وبعضهم يقول : إن الحكومة وارث غير نظامي ، ولذلك لا حق لها في وضع يدها إلا بحكم قضائي .

وتجب ملاحظة أن الميراث حق الحكومة بشرط مراعاة بعض أشخاص معنوية :

أولًا : يقدم مجلس المديرية على الحكومة في ميراث اليتامى الذين تربوا في المنشآت العامة ، فإن مات يتيم وليس له وارث ، كان ميراثه للمجلس دون الحكومة والتكايا والمستشفيات .

ثانيًا : تقدم المستشفيات في ميراث المنقولات التي أحضرها معه عند دخوله للتداوي على الحكومة ، بل وتُقدَّم أيضًا على الوارث غير النظامي متى كان تداوي المريض بالمستشفيات مجانًا [1] .

بند [18] حق الحكومة

بيت المال

التشريع الإسلامي : بيت المال وارث وإن لم يكن منتظمًا ، فيأخذ جميع المال إن انفرد دون وارث آخر ، أو الباقي بعد ذوي الفروض ، ولا يردُّ على ذوي السهام عند عدم العاصب في مذهب الإمام مالك [2] . والمراد ببيت المال بيت المال الذي لوطنه مات بغيره أو به من البلاد ، كان ماله به أو بغيره كما في الحطاب [3] .

---

(1) انظر : البنود من 768 إلى 773 في الفصل الثاني ، من الباب الرابع ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 171 - 172 .

(2) جاء في مواهب الجليل شرح مختصر خليل : « إذا لم يكن للميت من يرثه من النسب ، ولا من يرثه بالولاء ، فماله لبيت مال المسلمين ، وقد أطلق - رحمه الله - في بيت المال ، ولم يقيده بما إذا كان الوالي يصرفه في مصارفه الشرعية ، وكأنه - رحمه الله - يتبع ظاهرًا كلام ابن الحاجب حيث قال : وإن لم يكن وارث فبيت المال على المشهور ، وقيل لذوي الأرحام . مواهب الجليل (413/6 ، 414) .

(3) عن الرد لبيت مال المسلمين واعتباره من المستحقين للمال إذا لم يوجد عصبات ولا أصحاب فروض [إلا أن يكون له إخوة لأم فيكون لهم الثلث ، أو تكون أمة مولاه فيكون باقي المال لمواليها ، وإلا فالباقي ليست =

ومعنى هذا أن مجالس البلدية مقدمة على خزانة الدولة في الصرف ، فتصرف على ما يعود على المحلة التي بها وطنه ليكون النفع محليًّا ، كما لا تُنْقَل الزكاة من محل وجوبها ، بل تنفق على فقراء المحلة ، إلا إذا عدم الفقراء في ذلك المحل ، فتُنْقل للأقرب فالأقرب . والذي يتولى وضع اليد على التركة هي خزانة الدولة .

وإذا لم يكن للمتوفى بلا وارث وطن ، فهل المعتبر محل المال أو الموت ؟ خلاف .

والظاهر من نصوص المذهب أن بيت المال عاصب فهو كوارث ثابت النسب ، وهو المشهور كان منتظمًا أو غير منتظم .

وقيل : إن بيت المال حائز للأموال الضائعة فليس بوارث . وهو قول شاذ . وعليه فيجوز للإنسان أن يوصي بجميع ماله إذا لم يكن له وارث من النسب ، ولا يجوز على القول بأنه وارث عاصب . وعليه أيضًا يجوز الإقرار بوارث ، وليس ثم وارث ثابت لا على القول الأول فلا يجوز .

وعلى القول المشهور لا يدفع ما فضل عن ذوي السهام إذا لم يوجد عاصب من النسب أو الولاء لذوي الأرحام بل ما فضل لبيت المال .

وقيد بعض المتشرعين ذلك بما إذا كان الإمام عدلًا يصرف بيت المال في مصارفه الشرعية ، وإلا فيرد على ذوي السهام ويدفع لذوي الأرحام [1] .

كل هذه نصوص شرعية في كتب مذهب الإمام مالك ، ولست في حاجة إلى القول بأن النصوص الوضعية هي هذه النصوص الشرعية بلا فارق فيكون المتأخر – وهو الوضعي – قد نقلها عن المتقدم – وهو الشرعي – ومع ذلك أنكر العلماء الوضعيون أخذها وسرقتها ، ونسبوها لأنفسهم ، ولله في خلقه شئون .

= مال المسلمين . وبه قال مالك والشافعي . إلا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوي الأرحام أولى من جماعة المسلمين] بداية المجتهد جـ 2 ص 355 . الكافي لابن عبد البر ص 555 وما بعدها .

(1) تضمنت المادة 23 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية قاعدة إسناد خاصة بالتركة التي لا وارث لها وتقع أعيانها في مصر ، حيث تقضى وفقًا لقانون المواريث وأحكام الفقه الإسلامي بأيلولة التركة إلى دولة موقع أموال التركة بوصفها مالًا لا مالك له . انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 7 ، 8 .

بند [19] القانون الفرنسي

الميراث الشاذ للأبوين الواهبين : وهو الحق الذي منحه القانون إلى الوالدين وإن عَلَيَا في أخذ هبتهما الموهوبة للمتوفى وكانت باقية بعينها ولم يترك ذرية ترثه .

الطبيعة القضائية لحق ميراث الأصول المعطين :

حق رجوع الأصول يحمل معنيين أو صفتين :

أولًا : هو حق ميراث ولكن لا يستحق الأصول هذا الميراث إلا إذا وُجِدَت الأعيان الموهوبة بطبيعتها ، ويأخذها بحالتها التي تركها عليها المتوفى ، يعنى بمالها وما عليها من حقوق عينية .

ثانيًا : هذا ميراث شاذ ؛ لأنه مخالف لقواعد الميراث ولقواعد التوريث .

شروط استعمال حق الرجوع :

لأجل أن يرث الأصل فرعه في هذا الميراث الشاذ يجب تحقق ثلاثة شروط :

أولًا : يجب أن يكون الواهب من أصول المتوفى ، ويجب أن يكون الأصول شرعيين ، ولا يشترط أن يكون من طبقة معينة في الأصول ، فيصح من أب أو أم أو جد أو جدة أو جد الجد ، ولا ترتيب في هذا الميراث بل هذا الميراث لمن أعطى ، ولا يعطى حق الرجوع للأصول الطبيعيين .

ثانيًا : يجب أن يكون الموهوب له فرعًا وأن تكون وفاته قبل أصله الواهب وبدون فرع وارث ، ويجب أن يكون الفرع شرعيًا لهذا الأصل .

ثالثًا : يجب أن تكون الأعيان الموهوبة موجودة بطبيعتها ، فإن خرجت من تركة المتوفى ببيع أو هبة أو حتى بوصية انعدم حق الرجوع إلا فيما يلى :

(1) إذا باعها المتوفى ولم يقبض ثمنها فلأصله الواهب حق أخذها .

(2) إذا تصرف فيها المتوفى بما يخرجها عن ملكه وكان له حق دعاوى لإرجاعها لملكه كحق إلغاء العقد ، أو نقض البيع لخيار ، أو حق الاسترداد فللواهب الأصل حق أخذها .

نتائج حق الأصول في استرجاع ما وهبوا : بما أن حق الأصل في أخذ ما وهبوا

يعتبر ميراثًا فله حق وضع اليد ، ويأخذها بحالتها التي تكون عليها من تحسين أو إصلاح أو تغيير أو إهمال . ويتحمل من ديون التركة بنسبة هذه الأعيان إلى مجموع التركة . وبما أن حق الرجوع يعتبر ميراثًا شاذًا فلا يكون الأصل مرتبطًا مع بقية الورثة بأي علاقة قضائية ؛ فلا ضمان بينهم ولا قسمة ولا التزام . ويجوز الجمع بين أصل واهب وأصل وارث ، ويجوز قبول أحد الوضعين ورفض الآخر .

ميراث شاذ في أحوال أخرى :

أضاف القانون إلى ميراث الأصل الواهب الشاذ حالتين : جعل فيها ميراثًا شاذًا أيضًا وهما :

أولًا – في التبني : حقوق المتبنِّي بالنسبة للمتبنَّى . المتبنِّي ليس له أ ي حق في ميراث المتبنَّى العادي ، لكن القانون أباح للمتبنِّي الرجوع لأخذ ما وهبه لمن تبنَّاه وتوفي بغير أولاد شرعيين . وكذلك يجوز للمتبني هذا الحق في حالة موت ورثة من تبنَّاه قبله ، فيأخذ عين ما وهبه من تركة من تبناه ومن ورثته . ويجوز لورثة المتبني الرجوع فيما وهبه مورثهم لمن تبناه في حالة موته بلا عقب ، وكذا لهم الرجوع فيما أوصى به بعد وفاته .

ثانيًا : في حالة الولد الطبيعي إذا مات الولد الطبيعي وترك إخوته أو أخواته الطبيعيين ورثة له فقط فيجوز لإخوته أو أخواته الشرعيين الرجوع فيما ترك لأخذ الأعيان التي أخذها من مورثهم المشترك بطريق الهبة أو بطريق الميراث .

ويشترط في هذه الحالة عدم وجود أب أو أم للولد الطبيعي . وحق الرجوع للإخوة أو الأخوات الشرعيين ليس ميراثًا حقيقيًا ، بل ميراث شاذ ، فلا بد من طلب التمكين من القضاء لوضع اليد .

بند [20] الميراث الشاذ للأبوين الواهبين

التشريع الإسلامي : هذا النوع من الميراث لا محل لوجوده؛ لأن المفهوم من شروط تحقق هذا النوع أن الواهب ممن له على المورث ولادة ، وأن يكون المورث من فروع هذا الأصل المعطي ، وأن تكون وفاته قبل وفاة أصله الواهب . وبهذا يكون الميراث قد خالف أصلين من أصول التشريع :

أولًا : إنه رجوع في الهبة ، والرجوع في الهبة ممنوع متى حازها الموهوب له ،

وهو رجوع فيها على أي صفة تكون وقت وفاة الموهوب له . وهذا ليس بتشريع ثابت على أصول معقولة . وإنما هو نوع من التحكم أملته الرغبة في عدم الخضوع للنظم الاجتماعية .

ثانيًا : إن الواهب الباقي بعد وفاة الموهوب له جد ، أو أب ، أو جد جد ، أو أم مثلًا ، وهو وارث فهو يحوز التركة بما فيها الموهوب بلا خوف من أحد يشاركه ؛ فلا معنى إذن لأن نخص الهبة بالذكر .

لهذا كان هذا النوع من الميراث غير موجود في التشريع الإسلامي ؛ لأن المورث المتوفى حينما قبل الهبة قد ملكها ملكًا حقيقيًّا يتصرف فيها كما يشاء ؛ فالرجوع فيها على هذا الوجه يجعل المالك غير مالك ، ولا يوجِدُ ثقةً في التعامل مع الناس إطلاقًا .

وكذا الحكم في الولد المتبنَّى . وزاد أنه أجنبي من المتبنِّي في التشريع الإسلامي فيملك الهبة بمجرد العقد ، ويتأكد الملك بالحوز ؛ فلا يجوز انتزاعها منه ولا من ورثته ؛ لأنه تركها لهم ميراثًا من ملكه الخالص ، ومثل ذلك في الولد الطبيعي [1] .

بند [21] ملكية الوراثة للورثة النظاميين وغيرهم

القانون الفرنسي : الفرق بين الملكية ووضع اليد : يملك الوارث النظامي والوارث غير النظامي أعيان التركة من وقت الاستحقاق بلا فرق بينهما في ذلك ، وينتج عنه :

(1) الوارث النظامي والوارث الغير النظامي ملاك لأعيان التركة .

(2) يكفي أن يعيش الوارث بعد موت مورثه لحظة ليملك نصيبه فينقل إلى ورثته .

(3) قبول الوارث للوراثة تأكيد لتملكه لا ابتداء تمليك ، والتنازل عن الميراث إخراج الأعيان الموروثة عن ملكيته .

(1) ليس هذا من قبيل الميراث ، وإنما هو من قبيل الرجوع في الهبة ، وهو رجوع يجيزه القانون المذكور بشرائطه المذكورة ، ولا يوجد ما يمنع من هذا الرجوع في الفقه الحنفي الذي يجيزه ما لم يوجد مانع يمنع منه . وقد ضبطت مجلة الأحكام العدلية في المواد 866 - 874 هذه الموانع ، وتتمثل في القرابة المحرمة بين الواهب والموهوب له ، وفي الزوجية ، والتعويض عن الهبة ، وفي إحداث زيادة متصلة بالموهوب أو تغييره وخروجه عن ملك الموهوب له ، وهلاكه أو استهلاكه ووفاة الواهب أو الموهوب له .

وأما وضع اليد فيختلف الوارث القانوني والوارث غير النظامي فيه اختلافًا كليًا ، فالورثة النظاميون لهم الحق في وضع أيديهم على أعيان التركة بقوة القانون بدون احتياج إلى إجراءات أخرى ، ولكن الورثة غير النظاميين ليس لهم هذا الحق ، بل يجب عليهم طلب الإذن بوضع اليد من المحكمة والحصول عليه أولًا .

وضع اليد القانوني :

الحجز القانوني أو الوراثي هو : الحق الممنوح قانونًا للوارث النظامي في وضع يده على أعيان التركة بدون احتياج إلى أي إجراء قانوني آخر ، وأصل هذا النظام مأخوذ من القانون الجرماني .

وهذا الحجز القانوني منح إلى ثلاث طبقات :

أولًا : يمنح هذا الحق إلى الأصول في خط مستقيم وإن علا ، وإلى الحواشي كما مر ، وإلى الولد الطبيعي ، وإلى أب وأم الولد الطبيعي .

ثانيًا : الموصى له العام إذا لم يكن معه وارث ، فإن كان معه وارث اضطر إلى طلب الأعيان الموصى بها له ، وكان الحجز القانوني للورثة ، ويلحق به المعطى له هبة مستقبلة .

ثالثًا : منفذ الوصية ، فيجوز للوصي منحه شرط الحجز القانوني لتنفيذ الوصية فيعمل بهذا الشرط لمدة سنة .

مدى امتداد حق الحجز القانوني بالنسبة لأعيان التركة :

القاعدة أن حق الحجز يمتد إلى كل أعيان التركة بدون استثناء الأعيان التي ملكيتها للغير كالوصية ما خلا الأعيان التي لأصحابها حق الرجوع فيها ، والأعيان الموهوبة مستقبلًا .

وحق الحجز القانوني يتعلق بالورثة جميعًا بلا تفرقة حسب النص الذي كان معمولًا به سابقًا ، وهذا الحق يتعلق بشخص الوارث وبدرجته بحيث يُقَدَّم الأقرب فالأقرب ، وهو المعمول به الآن .

وبما أن الوارث له حق قبول الميراث أو رفضه فللوارث الأبعد في مدة خيار الأقرب وضع يده على أعيان التركة ، واستعمال حق التداعي ضد الغير ، محافظة

عليها ؛ لأن ضياعها سيعود عليه في حالة رفض الأقرب للميراث ، وليس له جبر الأقرب على القبول أو الرفض وإنما له حق المحافظة على التركة ، وحق حجزها إذا لم يحجزها الأقرب فالأقرب .

نتائج الحجز القانوني :

أولًا : يجيز للوارث وضع يده على الأعيان المخلَّفة عن المتوفى مع زيادة حق الحجز الفعلي مع عدم ملزوميته بإثبات شخصيته وطلب الإذن من المحكمة .

ثانيًا : يجوز للوارث رفع دعوى مطالبة مديني التركة ، ويجوز لدائني التركة رفع دعواهم ضد الورثة ، وللورثة حق المعارضة بموعد الاختيار .

ثالثًا : يجوز للوارث رفع دعوى وضع اليد التي كانت للمتوفى بالنسبة للعقار ، ولو لم يضع يده على التركة .

ولا يجوز للوارث فتح خزانة المتوفى التي بالبنك وله فيها تركة ، إلا بحضور أحد مسجلي العقود الذي يحصي جميع ما يجده في محضر خاص .

طلب وضع اليد : والشخص الذي يجب عليه طلب وضع اليد بلا نزاع هو أحد الزوجين الباقي حيًّا والحكومة ، والخلاف في إخوة وأخوات الولد الطبيعي ، والمعمول به أنه يجب عليهم طلب الإذن بوضع اليد . والطريق الواجب اتباعها هي :

أولًا : وضع الأختام على أعيان التركة بعد عمل محضر الحصر خوفًا من تبديدها .

ثانيًا : يُقَدَّم الطلب إلى المحكمة التي بدائرتها التركة ، فتعلن المحكمة هذا الطلب ثلاث مرات ، ثم تلصقه في مكان مطروق ، ثم تبحثه وتصدر قرارها بوضع اليد للطالب .

ثالثًا : يجب على أحد الزوجين الباقي حيًّا – متى طلب وضع يده على التركة – أن يقدم ضمانًا كافيًا لإمكان إرجاع التركة إلى الوارث إذا ظهر لمدة ثلاث سنين ، وبعد ذلك يلغى الضمان .

فإن خولفت هذه الاحتياطات وظهر وارث فله الرجوع بالتعويض [1] .

---

(1) انظر : البنود من 815 إلى 842 في الفصل الأول ، من الباب السادس ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 181 ، 188 .

بند [22] ملكية الوراثة للورثة

التشريع الإسلامي : ملكية التركة إلى الورثة تبتدئ بعد لحظة الموت الحقيقي - وهو إسلام الروح ، أو بعد موته حكمًا ، وهو الحكم بوفاته بعد غيبة منقطعة [1] . والملكية تكون بين الورثة مشاعة كل واحد حسب نصيبه ، فيملك الوارث نصيبه في التركة متى تحققت حياته بعد وفاة مورثه ولو لحظة واحدة فيورَّث عنه هذا النصيب لورثته [2] .

وليس في التشريع الإسلامي قبول الميراث أو رفضه ، وإنما للوارث التخلية بين التركة ودائني المورث فيبيعونها لاستيفاء ديونهم قبل القسمة .

وكل وارث له الحق في وضع يده على نصيبه في الميراث إذا مكنه باقي الورثة ، فإن أنكروا عليه صفته ومنعوه من استلام حقه لجأ إلى القضاء لإثبات صفته ، وطلب الأمر بتسليم نصيبه ممن تعرض له في ذلك ، ولا يجب على الوارث أيًّا كان طلب الإذن بوضع اليد من القاضي ما دام لم يعارضه أحد .

ليس في التشريع الإسلامي حجز قانوني بالمعنى المفهوم وضعًا ، وإنما للموصى له والموهوب له طلب الأمر بتسليمهم الوصية أو الهبة من واضع اليد على التركة وارثًا أو وصيًّا منفذًا للوصاية ، وحق الحجز القانوني - بمعنى المحافظة على التركة - يكون حقًّا عامًّا إذا كان في الورثة عديم الأهلية القانونية كقاصر أو مجنون أو محجور عليه .. إلخ .

---

(1) شرط الإرث تحقق حياة الوارثة بعد موت الموروث ، ووقف مال المفقود عن القسم بين الورثة للحكم من الحاكم بموته . الشرح الصغير (266/4 ، 267) .

(2) تناولت المادة 911 من القانون المدني المصري حق الورثة في إعادة القسمة للتركة إذا كان قد أعطى منها بعض الأقارب ، ولكن ظهرت وفاتهم قبل وفاة المورث ونصها : « إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا في القسمة ، فإن الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة إلي باقي الورثة طبقًا لقواعد الميراث » وهو ما تناولته المادة 990من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 112 من التقنين الأردني .

وتتفق أحكام المادة مع الأحكام الشرعية في الميراث والوصية . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 400 .

فيجب حصر أعيان التركة والمحافظة عليها إلى أن يعين وصي أو قيم يستلمها لكي يديرها ، وينميها ، ويحفظها لعديمي الأهلية .

وحق المحافظة على التركة حق عام يصح لكل شخص طلبه من القاضي أو من السلطة التي تتولى المحافظة على أموال عديمي الأهلية كالمجالس الحسابية بالقطر المصرى . وأما التداعي باسم التركة لها أو عليها فلا يكون إلا ممن له صفة الوراثة ، أو ممن أقامه القاضي ممثلًا للتركة أو للميت [1] .

فيجوز للوارث وضع يده على الأعيان المخلفة ، ومطالبة مديني التركة . ولدائني التركة رفع دعواهم ضد أحد الورثة في حدود مقدار التركة حيث إن أي دعوى في دين يزيد على قدر التركة لا تسمع ضد الوارث متى أثبت ذلك .

ومتى كانت التركة خالية من النزاع فلا داعي للترافع ، ولا يُلْزَم أحد من الورثة برفع دعوى وضع اليد والتمكين من التركة ، فإن اختلفوا في الصفة وقدر الفرض لكل واحد مثلًا فيرفع الأمر للقضاء للفصل فيه بعد سماع الدعوى والدليل .

ومتى رفعت الدعوى وخشي المدعي تبديد التركة ؛ جاز له شرعًا طلب وضع أعيان التركة تحت يد أمين حتى يفصل في النزاع إن كان النزاع جديًّا ، ويمكن للمدعي كسب دعواه احتمالًا وعلى القاضي إجابته لذلك . وللقاضي أن يطلب من واضع اليد ضامنًا لما عساه أن يتلف من التركة لرد حق المدعي كاملًا متى

---

(1) تناولت المادة 881 من القانون المدني المصري الإجراءات اللازمة للحفاظ على التركة قبل قسمتها ، وهو ما تناولته المادة 1092 من التقنين الأردني .

وحكمها يقبله الفقه الإسلامي ، فهو يدخل في نطاق الإجراءات اللازمة للمحافظة على أموال التركة إلى أن تتم التصفية .

وقد حددت المادة 732 مدني مصري بعض هذه الإجراءات ونصها : « يكون تعيين الحارس ، سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم كانت قضائية باتفاق ذوي الشأن جميعا ، فإذا لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه » .

وهو ما حددته المادة 898 من التقنين الأردني .

والمادة 738 من التقنين الكويتي

والسند الشرعي للمادة أن تعيين الحارس يراد به المحافظة على مصالح ذوي الشأن جميعًا ، حيث يتولى الحارس حفظ المال وإدارته رَيْثما ينحسم النزاع ، وهو ما يملكه ولي الأمر ؛ إذ التصرف على الرغبة منوط بالمصلحة (م 58 من المجلة) . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 287 ، 393 .

حكم له بأحقيته في دعواه [1] .

(1) تناولت المادة 876 من القانون المدني المصري بعض إجراءات تصفية التركة ، ونصها : « إذا لم يعين المورث وصيًا لتركته وطلب أحد ذوي الشأن تعيين مصف لها ، عينت المحكمة ، اذا رأت موجبًا لذلك ، من يجمع الورثة على اختياره . فإن لم يجمع الورثة على أحد تولى القاضي اختيار المصفي ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء .

وهو ما تناولته المادة 1087 من التقنين الأردني وما تضمنته هاتان المادتان إنما هو تنظيم لتصفية التركة تصفية جماعية على نحو لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، ومن شأنه حماية مصالح ذوي الشأن جميعًا ، فهو في حقيقته تطبيق عملي للقاعدة التي تقضي بألا تركة إلا بعد سداد الديون .

وقد جاء في المادة 734 مدني مصري أنه « يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهود إليه حراستها ، وبإدارة هذه الأموال ، ويجب أن يبذل في كل ذلك عناية الرجل المعتاد » .

ويتفق ذلك مع المادة 740 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 288 ، 391 ، 392 .

نتيجة المقارنات من بند 5 إلى نهاية 22

يختلف التشريعان فيما يأتي :

طبقات الميراث المختلفة - الورثة الشرعيون - ورثة الولد الطبيعي - حق من بقي حيًّا من الزوجين - الميراث الشاذ للأبوين الواهبين - حقوق الولد الطبيعي .

ويتفق التشريعان فيما يأتي :

الميراث - شروط الوارث - أسباب الحرمان من الميراث (في الجملة) - نتائج الحرمان من الميراث (في الجملة) - نظرية التمثيل (في الجملة) - حقوق ولد الزنا - حق الحكومة - ملكية الميراث للورثة النظاميين وغيرهم - طلب وضع اليد (في الجملة) .

الكتاب الثاني

بند [23] قبول الوارث للميراث

القانون الفرنسي : يفرض القانون للوارث ثلاثة أحوال :

1 - قبول الميراث بلا شرط ولا قيد .

2 - قبول الميراث بشرط الانتفاع بالحصر .

3 - رفض قبول الميراث .

قبول الميراث بلا شرط ولا قيد : يلزم الوارث بدفع ديون التركة مهما كانت ، ولو زادت عن قيمة الميراث ، ورفض الميراث قد يحرم الوارث من فائدة محققة ، وهى زيادة الميراث عن ديون التركة . ولكن قبول الميراث بشرط الانتفاع بالحصر بمعنى أن قيمة التركة متى زادت عن ديونها أخذها الوارث فلا يجب عليه دفع دين منها أزيد من قيمتها ، فإن استغرقت تركها للدائنين بلا رجوع عليه بأي شيء ؛ فهي الطريقة المثلى التي على العاقل اتباعها ، وقد فرض القانون استعمال هذه الطريقة في :

أولًا : القاصر والمحجور عليه : ليس لهما قبول الميراث إلا بشرط الانتفاع من الحصر .

ثانيًا : الورثة المختلفون في القبول وعدمه لميراث دعى مورثهم لأخذه قبل وفاته ، ومات ولم يعلن رأيه في القبول وعدمه فيفرض عليهم القانون بشرط الحصر .

مدة الاختيار :

للوارث ثلاثة أشهر لعمل الحصر ، وله أربعون يومًا للاختيار،وتبدأ الثلاثة أشهر من يوم تحقق الوفاة ، وتبدأ الأربعون يومًا بعد نهاية الثلاثة أشهر ، فإن رفضت الميراث الطبقة الأولى من الورثة ابتدأت الثلاثة أشهر للطبقة الثانية من يوم الرفض ، وللمحكمة الحق في إطالة الأجل بناء على طلب الوارث متى كان هناك ظروف تبرر ذلك .

وللورثة معارضة دائني المورث عند مقاضاتهم بعدم مرور هذا الأجل وتقبل معارضتهم ، لكن هذه المقاضاة تقطع المدة وترتب فوائد التأخير على التركة .

ومتى انتهى الأجل جاز لدائني التركة مقاضاة الورثة ، ويحكم عليهم كوارث بلا قيد ولا شرط ، ولكن ليس معناه أنه لا يجوز لهم بعد الأجل رفض الميراث بل يجوز لهم ذلك . وحق قبول الميراث أو رفضه يبقى ثلاثين سنة يجوز في مدتها القبول أو الرفض . والرأي المعمول به أنه إذا مضى ثلاثون سنة ولم يقبل أو يرفض الوارث سقط حقه في الميراث نفسه لافي القبول ولا في الرفض ؛ بل يصبح أجنبيًّا من التركة .

قبول الميراث بلا شرط ولا قيد :

وقبول الميراث بلا شرط ولا قيد هو أن يتعهد الوارث باستمرار شخصية المورث مع قبول تركته بمالها وما عليها . وقبول الميراث يكون صراحة أو ضمنًا ، وقد يفرض قبول التركة على الوارث فرضًا كعقاب له لإخفاء بعض أو كل أعيان التركة . والقبول الصريح يجب أن يكون بإشهاد رسمي أو بمكتوب عرفي . والقبول الضمني هو أن يعمل عملًا لا يصدر إلا من وارث ، ولا يحق لغير الوارث أن يعمله ، كالتنازل عن ميراثه للغير سواء بعوض كبيع أو بدونه كهبة ، وكل عمل يعمله الوارث من شأنه المحافظة على التركة لايعد قبولًا ضمنيًّا .

وكل وارث يخفي شيئًا من أعيان التركة لإلحاق الضرر بالتركة أو بالورثة يسقط حقه في جواز الاختيار أو رفض الميراث عقابًا له ، ويكون قد اعتبر قابلًا للميراث بلا قيد ولا شرط ، بل ويحرم أيضًا من حقه في هذا الشيء الذي أخفاه عقابًا له .

مميزات القبول :

1 - القبول يكون اختياريًّا : بمعنى أن قبول الميراث يجب أن يكون بمحض إرادة الوارث لا أن يكون الميراث ضروريًّا كالقانون الروماني .

2 - القبول يكون مجردًا من كل قيد ولا شرط : فالقبول يرجع للماضي بمعنى أن أثره ينسحب إلى يوم استحقاق الميراث ؛ لأن قبول الميراث تأكيد لدخول ملكية الأعيان الموروثة في أملاك الوارث القابل ، ولا رجوع فيه . بمعنى أن الوارث متى قبل الميراث لم يكن له حق الرجوع في هذا القبول ؛ لأن حقوق دائني المتوفى قد تعلقت به فلا يملك الرجوع .

إلغاء القبول :

يصح إلغاء القبول قانونًا إذا حصل نقص في أهلية القابل للميراث ، أو عيبٌ في إبداء إرادته كاملة حرة . وتطبق القواعد العامة في عدم الأهلية لقبول الميراث . والإكراه على قبول الميراث والغش سببان لإلغاء قبوله .

والغبن الفاحش في الميراث يعطي الوارث حق إبطال قبوله ، وذلك كمن وجد الميراث ناقصًا إلى النصف بسبب وصية ظهرت ما كان يعلمها وقت القبول ، ولكى يكون للوارث الحق في إلغاء قبوله لوجود الغبن الفاحش يجب :

(1) أن يكون الشخص القابل مكلفًا قانونًا؛ لأن القاصر له الحق قانونًا وعلى أي حال في إلغاء قبوله لأقل غبن .

(2) يجب أن يكون قد ظهر نقص في التركة المقبولة أكثر من النصف في صافيها .

(3) يجب أن يكون النقص ناتجًا عن ظهور وصية كانت مجهولة للوارث وقت القبول . على أنه لا إلغاء إذا كان سبب النقص ظهور دين أو تمليك من المتوفى قبل وفاته .

(4) يجب إثبات الضرر الذى حصل إلى الوارث بسبب ظهور الوصية اللاحقة التي ما علم بها وقت القبول .

نتائج القبول :

ينتج القبول ثلاث نتائج :

أولًا : تثبيت ملكية الأعيان الموروثة إلى الوارث الذي قبل بلا شرط ولا قيد نهائيًا بلا رجعة ؛ فيمكن الوارث التصرف نهائيًا كما يرى في أعيان التركة بلا رجوع للقضاء ولا عمل أي إجراء آخر شكلي .

ثانيًا : القبول بمزج أملاك المتوفى بأملاك الوارث ، ويجعل الوارث شخص المتوفى مستمرًا ، فلدائني المتوفى ولدائني الوارث الحق في حجز الأعيان الشخصية والموروثة لاستيفاء ديونهم بلا تفرقة بينهما ، والحقوق التي كانت بين الوراث والمتوفى تتلاشى بطريق المزج ؛ لأن الدائن لا يصبح مدينًا وتبقى له الصفتان في

شيء واحد .

ثالثًا : دفع ديون التركة .

رابعًا : جواز فصل أموال التركة عن أموال الوارث كطلب دائني المورث ، كما إذا كان المتوفى له أكثر مما عليه وكان الوارث عليه أكثر مما له ، فإن اختلط مال الميراث بمال الوارث تنازع دائنو الوارث ، وهو لا يمكنه دفع كل ديونه من ماله الخاص ودائنو المورِّث الذين يمكنهم استيفاء حقهم جميعه من التركة ؛ لأن رأس المال يزيد عن الدين ، فيجوز حينئذ لدائني المورث طلب فصل أعيان التركة عن مال الوراث حتى يستوفوا حقوقهم .

فإن كان الوارث عليه دين قليل والتركة عليها دين كثير وقبل الوراث بلا شرط ولا قيد فليس لدائني الوارث طلب فصل المالين ، وإنما لهم فقط دفع الضرر عن أنفسهم بطلب بطلان قبول الميراث (دعوى بولين) ؛ لأنه يجعل دائني المورث شركاء لهم في مال الوارث بعد القبول ؛ فلا ينالون كل حقوقهم بل بعضها .

قبول الميراث بشرط الحصر :

وهو حق قانوني للوارث أن ينتفع به من غير أن يتحمل دفع ديون التركة بلا مقابل ، وهذا الحق كان في القانون الروماني فكان يمنح للوارث بمكتوب نظير مبلغ يدفعه .

شكل قبول الميراث بشرط الحصر :

يشترط لقبول الميراث بشرط الحصر ما يأتي :

أولًا - إشهاد أمام قلم كتاب المحكمة : يجب على الوارث عمل إشهاد يسجل في سجل خاص بالتنازل عن الميراث في محكمة أول درجة المدنية التى في دائرتها محل التركة ، يعلن فيه أنه لا يقبل التركة إلا بشرط الحصر .

ثانيًا : يجب على هذا الوارث عمل محضر تحصر فيه أعيان التركة بمعرفة مسجل العقود ، وذلك في مدة ثلاثة أشهر ، وله أجل الاختيار أربعون يومًا ما لم يكن عوقب بأنه وارث بلا قيد ولا شرط .

نتائج قبول الميراث بشرط الحصر :

ينتفع الوارث بالحصر في موضعين :

أولًا : عدم ملزومية الوارث بدفع دين التركة أزيد من قيمة الميراث (يعني قيمة أعيان التركة) بمعنى أنه لا يدفع دينًا على تركة المتوفى إلا بمقدار ما حاز من أعيان الميراث ؛ فلا يجوز لدائني الورثة الحجز على أملاكه الخاصة نظير دينهم على التركة أيضًا إلا :

(1) إذا طلب دائنو التركة حسابًا عن إدارة أموال التركة ولم يقدمه .

(2) إذا تبين أن في ذمته باق للتركة .

(3) إذا ارتكب خطأً في إدارة أموال التركة وكان مسئولًا عنه .

ففي هذه الأحوال الثلاثة يجوز لدائني التركة الحجز على أملاك الوارث الشخصية لاستيفاء دينهم .

ثانيًا : عدم اختلاط أملاك الوارث الشخصية بأعيان التركة ، فليس للوارث استمرار وجود المورث . وينتج عن ذلك :

1 - أن حقوق المورث والتزاماته قِبَلَ الوارث ، وحقوق الوارث والتزاماته قِبَلَ المورث لا تتلاشى لعدم اختلاط الملكين .

2 - الوراث لا يضمن تصرف المورث ، فللوارث استعمال حقه الشخصي كراهن مثلًا على عين مباعة من المورث قبل وفاته ، وليس ضامنًا لخلو هذه العين من الحقوق العينية للغير .

3 - لا تحصل المقاصة بين دائن المتوفى المدين إلى الوارث ؛ لأن الدين والمديونية لم يجتمعا في يد واحدة .

إدارة أموال الميراث المقبول بشرط الحصر :

للوارث بشرط الحصر اعتباران : فهو وارث أولًا . يعني مالك أعيان التركة الموروثة . فله حق التصرف فيها كما يشاء . وهو ضامن الدين ثانيًا لدائني التركة في دائرة ضيقة محدودة بقيمة التركة ؛ فهو من هذه الناحية مدير للتركة مسئول إلى حد ما عن إدارته وتصرفاته ، لذلك يجب عليه تقديم حسابات عن ذلك .

وبين التركة المقبولة بعد الحصر وبين الإفلاس مشابهة في أن الوراث قبل الميراث مع الحصر مع علمه بأن ما على التركة أكثر مما لها ، ووكيل الدائنين يفرض أنه لا يمكنه سداد مطلوبهم كاملا ؛ لذلك كان كل واحد منهما يعمل على سداد الديون ما أمكن .

لكن الوراث يعمل في ملكه في حدود الضمان ووكيل الدائنين يعمل كمدير فقط ؛ فلو تجاوز الوارث حدد الإدارة فعمله صحيح ، ولكن يفرض القانون أن الوارث قَبِل الميراث بدون شرط ولاقيد ، ووكيل الدائنين مهمته تصفية مال المفلس ليعطى كل دائن حسب ما خصه ، ولكن الوارث ليس ملزمًا بتصفية التركة بل له حفظ أعيان التركة .

ابتداء سلطة الوارث :

ليس للوارث بيع أعيان التركة العقارية إلا بإذن المحكمة في حدود وأحكام بيع أملاك القاصر ، ويجوز له بيع المنقول الجسماني بوجود موظف عام وبالمزاد العلني بعد إعلان ولصق بدون إذن المحكمة ، ويجوز له بيع المنقول غير الجسماني بإذن المحكمة .

وقد منح القانون لدائني المورث طلب ضمان من الوارث عند بيعه المنقولات التي من التركة خوفًا من تبديدها ، فإن لم يقدمه الوارث وجب عليه إيداع الثمن في إحدى خزائن الحكومة .

ضمان الوارث :

الوارث الذي قَبِل الميراث بشرط الحصر يضمن في إدارته أعيان التركة الخطأ الفاحش الذي يرتكبه في إدارة الأملاك المذكورة ، والمحكمة تقدر الخطأ كما ترى .
وعلى الوارث تقديم حساب عن إدارته لأعيان التركة إلى الدائنين والموصى لهم .

ويمكن تقديم الحساب بطريقة ودية بإمضاء عرفية ، فإن اختلفا فصلت المحكمة ، فإن لم يقدم الحساب جاز للدائنين حجز أملاكه الخاصة .

ويجوز للوارث ترك أعيان التركة للدائنين أو الموصى لهم ، ولهم الحق في تعيين خبير لتصفية التركة حينئذ [1] .

---

(1) انظر : البنود من 774 إلى 783 في الفصل الأول ، من الباب الخامس ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 172 – 174 .

بند [24] قبول الوارث الميراث

التشريع الإسلامي : نظر المشرع الإسلامي إلى الميراث من نواح عدة وبنى أحكامه عليها :

أولًا : إن نتائج الالتزامات لا تتعدى غير ملتزمها إلا إذا كان المتعاقد متعاقدًا باسم غيره كالوكيل ، والوصي ، والقيم . فمتى تعاقد شخص فقد ألزم نفسه وماله الحاضر والمستقبل ، ولا يتعدى التزامه للغير إلا إذا كان ضامنًا [1] مثلًا ، ولا يزال الشخص مأخوذًا بالتزاماته حتى يموت . فإن مات انتقلت التزاماته على ما ترك من مال وتركة فقط ؛ فإن ترك ما يفي بالتزاماته كان بها وإلا فلا يلزم وارثه بذلك إلا إذا تبرع من تلقاء نفسه .

فلم يجعل المشرع الإسلامي استمرار شخص المتوفى مما يمكن أن يتحقق أبدًا . ومتى تبرع الوارث أو تعهد كان ابتداء عهد والتزام جديدين لا استمرارًا للتعهد الماضي . وقبول الوارث للتركة لا يجعله ملتزمًا بما التزم به مورثه إلا في حدود قيمة ما ورثه بالفعل ؛ فإن لم تف التركة بما التزمه المتوفى فلا يوجه الطلب إلى الوارث حتى ولو قبل الميراث بلا شرط ولا قيد ؛ لأن الالتزامات شخصية تتقيد بصاحبها وتتبع ماله بعد وفاته كما قلنا [2] .

ثانيًا : وضع المشرع الإسلامي الالتزامات الراجعة إلى تركة المتوفى بعد وفاته مباشرة في درجات بعضها مقدم على بعض ؛ بمعنى أن من له الأولوية في التقديم على الباقين يملك هذا الحق ، فإن استعمل حقه كان بها ، وإن لم يستعمل حقه وقبل أن يتركه للوارث على أن يسدده الوارث مثلًا ؛ فهذا التزام جديد لا دخل للتركة فيه ولا لأحكامها . مثلًا ترك الميت منزلًا مرهونًا برهن يستغرق ثمنه ، وترك ولديه وزوجته ، فالحكم الشرعي يقضي أن يباع المنزل المرهون ويدفع دين الرهن

---

(1) قاعدة : إذا تعاقد شخص فقد ألزم نفسه وماله الحاضر والمستقبل ، ولا يتعدى التزامه للغير إلا إذا كان ضامنًا .

(2) تناولت المادة 895 من القانون المدني المصري تقييد مسئولية الورثة عن الالتزامات المؤجلة الواقعة على التركة بما يخصهم من قيمتها ، ونصها : « 1 - إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال الدين المؤجل ، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلًا لصافي حصته في الإرث .

2 - وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأمينًا كافيًا على عقار أو منقول ... » وهذه الأحكام مما يقبله الفقه الإسلامي في توزيع أموال التركة وديونها على الورثة بحسب حصصهم في الإرث ، مع توفير الضمانات اللازمة للدائنين . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 397 .

أولًا ، فلا ميراث للورثة إلا بعد سداد الدين [1] من هذه العين المرهونة . فلو تسامح المرتهن وترك المنزل المرهون تحت يد الورثة على أن يسددوا قيمة الرهن مثلًا على أقساط فهذا اتفاق جديد بين صاحب حق الأولوية والورثة ؛ فلا يخل هذا بالنظام الموضوع للوراثة من تقديم أصحاب الحقوق على الورثة ، ولا يقضى بتوريث الورثة عند عدم استعمال الراهن حقه فصاحب الحق الأول مقدم [2] وهو الذى قبل هذا الوضع فلا يجعل الورثة لهم حق في الميراث إطلاقًا [3] .

وهذا الأساس يطبق على أصحاب الحقوق المقدم بعضهم على بعض في الاختصاص بأعيان التركة أو بقيمتها كالرهن والدين والوصية .

ثالثًا : جعل المشرع الإسلامي الوفاة سبب الملك مباشرة بلا تخيير أو توقف ؛ بمعنى أنه بوفاة المورث قد انتقلت ملكية التركة إلى الورثة كل واحد بنصيبه ، ولا يتوقف انتقال ملكية التركة إلى الورثة على القبول منهم أو على عدم القبول؛ لأن هذه أحكام عامة مقررة لحفظ النظم الاجتماعية [4] .

فمتى مات المورث عن تركة وورثة ولم يكن على التركة حُق مقرر للغير فقد ملك الورثة التركة بمجرد موت المورث ، فيجوز لكل واحد كل تصرفٍ في نصيبه

(1) قاعدة : لا ميراث للورثة إلا بعد سداد الدين .

(2) نصت المادة 205 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي على ما يأتي : « تركة المدين مرهونة بديونه حتى تسدد » وجاء في مذكرة هذه المادة ما يأتي : « فإذا مات الميت عليه دين ، تعلق هذا الدين بتركته المنتقلة إلى الوارث مع وجود الدين تعلقه بالمرهون . ويستوي الدين المستغرق للتركة وغيره في الأصح ... » والصحيح أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث .

وغني عن البيان أن حق الرهن الذي تتحمل به أموال التركة ضمانًا للوفاء بحقوق دائنيها إنما ينصب على الأموال التي آلت إلى الوارث بطريق الإرث دون غيرها من أموال الوارث . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 391 .

(3) يقول الدردير : « يبدأ من تركة الميت من رأس المال ولو أتى على جميع التركة بحق تعلق بعين أي ذات كمرهون في دين فيقدم وجوبًا لتعلق حق المرتهن به على مؤن التجهيز » . الشرح الصغير جـ 4 ص 197 .

(4) مبدأ انتقال أموال التركة إلى الورثة فور وفاة المورث هو المبدأ السائد في الفقه والقضاء ، كما أنه رأي فريق من الفقه الإسلامي وهم أغلب الشافعية والحنابلة . وهو الرأي الذي يتفق مع القواعد العامة . حيث يتحقق الإرث فور الوفاة ، والإرث سبب التملك . والقاعدة أن الأسباب تترتب عليها نتائجها فور تحققها إلا إذا وجد ما يدعو إلى تراخي هذه النتائج . وليس هناك ما يدعو إلى هذا التراخي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 391 .

ولو لم يقبضه لأنه دخل في ملكه ؛ فيحجز على هذا النصيب دائن الوارث ويبيعه نظير دينه عليه ولو لم يقبضه ؛ فلو تنازل أحد الورثة أو لم يقبل الوراثة أحد منهم فقد تنازل عن ملكه فلا يغير هذا من نظام الوراثة ، ولا يقدم ، ولا يؤخر ، ولا يستحق محروم ، ولا يحرم مستحق . فمثلًا لو توفي شخص عن أمه وزوجته وأخ شقيق وأخ لأب ، فللأم السدس لوجود أخوين ، ولزوجته الربع وللأخ الشقيق الباقي وهو $\frac{7}{12}$ ولا شيء للأخ لأب ؛ لأن الأخ الشقيق حجبه [1] . فلو امتنع الأخ الشقيق عن قبول الميراث فلا يدعى الأخ لأب لأخذ نصيبه ؛ لأن تنازل وارث لا يغير وضعًا ، ولا تأخذ الأم الثلث لوجود أخ واحد وارث ؛ لأن الميراث حق تقرر ووضع وبني على أساس أن الوارث ملك نصيبه بمجرد وفاة الوارث وكفى . فتنازله عن نصيبه إن كان لشخص معين فهو هبة وعطية ، وإن كان امتناع أو ترك أخذه بيت المال ؛ لأنه يجمع المال الذي لا صاحب له ، أو الذي تركه صاحبه لا لشخص ولا لجهة معينة . فليس الورثة هم الذين ينظمون الميراث أو يرتبون أحكامه ، ولكن أحكامه نظمت وما عليهم إلا القبول أو الترك .

إذن لا يتأتى قبول بلا شرط ولا قيد ؛ لأن الشرط والقيد ملحوظان قانونًا وهو أن التركة ضامنة للدين لا أزيد ولا أقل إلا أن يتبرع بقضاء ما زاد عن التركة [2] .

ولا يتأتى قبول بشرط الحصر؛ لأنه أمر مقرر وهو أن الالتزام لا يتعدى المورث فيما ترك فلا يتحمل الوارث دين التركة حتى ولو قبل بشرط الحصر أو بدون حصر إلا أن يتبرع اختيارًا .

ولا ينتج من رفض قبول الميراث شيء لا في الوراثة ولا في ترتيب الورثة ، وبعد الرفض يصبح مالًا لا مالك له ، فيدخل بيت المال للمصالح العامة إلا إذا عين شخصًا أو جهة فتصرف لها فهو المالك بالرغم من عدم قبوله الميراث .

فلو تنازع الوارث ودائنو المورث في عين بيد الوارث هل هي من تركة المتوفى فتحجز وتباع في دينه أم هي من أملاك الوارث الشخصية يعني الموروثة ؛ فلا حق لأحد عليها إلا دائنو الوراث نفسه فعلى دائن المورث إثبات ملكية المتوفى مدينه لما

---

(1) أجمع العلماء على أن الأخ الشقيق يحجب الأخ للأب . بداية المجتهد (518/2) .

(2) قاعدة : التركة ضامنة للدين لا أزيد ولا أقل إلا أن يتبرع بقضاء ما زاد عن التركة .

يدعى [1] .

وهو وإن كانت العادة عدم عمل الحصر للتركة إلا إذا وجد قاصر أو عديم الأهلية فهو عمل يدعو للشقاق والنزاع والتقاضي بين الوارث وبين دائني المتوفى . وهو ما يؤسف له ؛ فيجب عمل حصر للتركة مطلقًا حسمًا للنزاع في المستقبل ، خصوصًا إذا كان المتوفى ممن لهم معاملات تجارية أو مديونيات مثلًا . وحبذا لو عمم هذا للحدِّ من مضايقات الدائنين للورثة بغير حق .

فالقاعدة العامة أن الوراثة مشروطة بعدم تعدي دين التركة قيمة التركة سواء قبل الوارث الميراث بلا شرط ولا قيد ، أم لا ، وسواء كان الوارث قاصرًا أوعديم الأهلية ، أو اتفق الورثة أو اختلفوا [2] ؛ وعلى ذلك فلا يكون الوارث ملزمًا بديون التركة مطلقًا إلا في حدود ما ورث ما لم يتبرع فهو حر فيما يفعل بماله الخاص [3] .

وبما أنه لا اختيار للوارث فلا مدة يختار فيها ؛ فللدائن مقاضاة الوارث عقب الوفاة مباشرة مادام وارثًا بشرط أن يكون في حدود قيمة التركة .

---

(1) تناولت المادة 883 من القانون المدني المصري وما بعدها موضوع جرد التركة ، والزام المصفي طبقًا لما جاء في المادة 887 بأن يودع قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من تعيينه قائمة تبين ما للتركة وما عليها . وهو ما تناولته المادة 1094 وما بعدها من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية ص 393 .

(2) قاعدة : الوراثة مشروطة بعدم تعدي دين التركة قيمة التركة سواء قبل الوارث الميراث بلا شرط ولا قيد أم لا ، سواء كان الوارث قاصرًا أوعديم الأهلية ، أو اتفق الورثة أو اختلفوا .

(3) نصت المادة 907 من القانون المدني المصري على أنه : « إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة فإن باقي الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » . وهو ما تناولته المادة 1116 من التقنين الأردني .

وفي الفقة الإسلامي نصت المادة 1092 من المجلة على ما يأتي : « كما أن أعيان مال المتوفى المتروكة مشتركة بين الورثة على حسب حصصهم ، كذلك يكون الدين الذي له في ذمة شخص مشتركًا بينهم على حسب حصصهم » . ونصت المادة 1123 من المجلة العدلية على ما يأتي : « كون المقسوم عينا شرط . فلا يصح تقسيم الدين المشترك قبل القبض . مثلًا إذا كان للمتوفى ديون في ذمة أشخاص متعددين واقتسمتها الورثة على أن ما في ذمة فلان من الدين لفلان الوارث ، وما في ذمة فلان منه لفلان الوارث ؛ فلا يصح . وفي هذه الصورة مهما حصله أحد الورثة يشاركه فيه الوارث الآخر » .

غير أنه يلاحظ أن اتفاق الورثة عند القسمة على أن يختص أحدهم بدين للتركة يتضمن حوالة حق من جانب الورثة لهذا الوارث بالنسبة إلى أنصبائهم في الدين الذي للتركة . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 399 .

وبما أنه بالوفاة انتقلت ملكية التركة للورثة ما دام لا يوجد حق للغير فلا يكون هناك قبول صراحة ولا ضمنًا ؛ لأننا إذا اعتبرنا التركة الموروثة ملكًا للورثة من لحظة الوفاة فلا يتأتى القبول لا صراحة ولا ضمنًا ؛ لأن القانون فرض الملكية للوارث .

وافتيات أحد الورثة على الباقين باختلاس بعض أعيان التركة أو كلها لا يقتضي حرمانًا من الميراث ، على أساس أن الغنم أساس الغرم فلا يغرَّم أزيد مما ورث إلا إذا تبرع .

الميراث يدخل في ملك المستحق بمجرد وفاة المورث [1] ، ولا يتوقف على قبول ولا غيره ؛ بمعنى أن الوراث متى كان مستحقًّا للميراث عقب الوفاة فقد تعلق حق الدائنين للوارث فيما ورث ، ولا يتحقق إكراه ولا غش في قبول الميراث أو في الرجوع فيه فإن ورث أقل مما يستحق طالب بالباقي مع مراعاة القاعدة العامة (أنه لا يدفع دينًا أزيد مما ورث) .

وبما أن نصيب الوارث من التركة يدخل في ملكيته بمجرد الوفاة فلا يحتاج إلى تثبيت ملكية أخرى فله جميع التصرفات بلا استثناء في نصيبه من التركة من وقت الوفاة بلا عمل أي إجراء آخر .

وبمجرد الوفاة امتزجت أملاك المتوفى بأملاك الوارث أو بما يستحق من التركة ، وأصبح المالك هو الوارث فلا استمرار لشخصية المتوفى ؛ لأنه على كل حال لا يدفع الوارث من ديون التركة إلا بمقدار ما ورث ، والحقوق التي كانت بين المتوفى والوارث تتلاشى إذا حاز الوارث كل التركة ، فإن حاز بعض التركة تلاشت الحقوق المقابلة بقدر هذه الحصة ، ويبقى باقي التركة نظير الباقي في الالتزامات .

فصل أموال التركة عن أموال الوارث [2] :

هذا الفصل يتأتى أن يفيد دائني الوارث إذا كانت التركة مثقلة بالديون ، أو يفيد دائني المورث .

ولكن أساس التوريث في التشريع الإسلامي مبني على فصل المالين ؛ فلا داعي إذًا

---

(1) يقول ابن عسكر عن شروط الإرث الناقل للملكية : « وشروطه ثلاثة : تقدم موت المورث ، واستقرار حياة الوارث بعده ، والعلم بالجهة المقتضية للإرث » . إرشاد السالك ص 134 .

(2) القاعدة المقررة في الفقه الإسلامي هي استقلال ذمة الوارث عن ذمة مورثه ، عملًا بقاعدة مسئولية كل إنسان عن فعله هو لا عن فعل غيره ، مما أوضحه القرآن الكريم بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾ . ولهذا فإن الوارث غير مسئول عن دين مورثه .

لطلبه حيث إنه مبدأ مقرر يجب العمل به ، وعند حصول الخلاف في بعض أعيان التركة أو القيمة يفصل القضاء في أنها من التركة أو من مال الوارث الخاص .

قبول الميراث بشرط الحصر هو الأساس ، ولا يحتاج إلى شكل خاص ولا إعلان فهو مفروض قانونًا بلا نص عليه ، وحينئذ فلا يدفع الوارث دينًا أزيد من التركة التي ورثها ولا يجوز لدائني المورث الحجز على أملاك الوارث الخاصة نظير دينهم على مدينهم المتوفى إلا في حدود قيمة التركة . وتبقى التزامات المتوفى قِبَل الوارث فيما قابل الدين ، وتحصل المقاصة فيما بقي للوارث وما نابه من التركة ، فله المحاصصة كدائن مادام لم يبق له شيء من التركة .

إدارة أعيان التركة :

حق الدائنين المرتهنين وغير المرتهنين مقدم على حق الوارث ؛ فليس للوارث أي حق في أعيان التركة المدينة لا في الإدارة ولا في غيرها ، إلا برضاء أصحاب الحقوق حسب اتفاقهم معه ، فإن قبلوا إدارته كان وكيلًا حتى تصفى . وإن قبلوا تركها له نظير تعهده بدفع دينهم كان بيعًا بين الدائنين والورثة . وعلى كل حال فهو أجنبي من التركة إلا إذا شاء الدائنون إشراكه فلهم الحق [1] .

سلطة الوارث :

بمجرد الوفاة جاز للوارث التصرف بما يتراءى له من أنواع التصرفات مادامت التركة لا دين عليها ، فإن كانت مدينة وتصرف فقد تصرف فيما لا يملك ؛ لأنه لا ميراث إلا بعد سداد الدين [2] . فإن أذن له الدائنون فتصرفه صحيح وإلا فهو ضامن .

ويستوي في هذا التصرف العقار والمنقول الجسماني وغير الجسماني ، ويكون تصرف الوارث مأذونًا فيه متى دفع قيمة ما باع مثلًا . فإن لم يدفع القيمة فهو ضامن لها للدائنين ، فإن أتلف شيئًا من التركة المدينة المستغرقة فهو ضامن كأي

---

(1) عما يجب في تركة الميت بمجرد وفاته يقول الدردير : « ... فقضاء دينه يقدم من رأس المال على الوصايا أي دينه الذي عليه لآدمي كان بضامن أم لا ؛ لأنه يحل بموت المضمون » . الشرح الصغير جـ 4 ص 198 . الكافي لابن عبد البر ص 555 وما بعدها ، بداية المجتهد جـ 2 ص 338 وما بعدها .

(2) قاعدة : لا ميراث إلا بعد سداد الدين .

شخص أجنبي من التركة .

ومادام الوارث نائبًا عن الدائنين للتركة في إدارتها حسب اتفاقه معهم فعليه تقديم حساب عما تحت يده إلى من أنابوه .

ويجوز للدائنين طلب تصفية التركة المدينة بلا اتفاق مع أحد الورثة ، فيعين الحاكم من يصفيها من أهل الخبرة [1] .

بند [25] تصفية الميراث

القانون الفرنسي : تصفية الميراث هو العمل الذي به تدفع حقوق الدائنين أو الموصى لهم ، ويفرق القانون بين طبقات الدائنين كالآتي :

أولًا : الدائن المرتهن وهو المقدم ، فيعمل الوارث كوكيل لهم ، فيبيع العقار ، ويدفع إليهم الثمن حسب درجاتهم في تسجيل رهوناتهم إذا لم يف ثمن العقار بالدين . فإن وفى دفع للجميع .

ثانيًا – الدائن العرفي : يصح أن يكون الدائن العرفي قد عرَّف الوارث بدينه بطريق الإنذار أو رفع الدعوى أو أي طريق آخر ، ويجوز أن لا يكون ؛ فإن كان الوارث قد عرف عن دينه شيئًا فطريق سداد الديون يكون بطريقة نسبة دينه إلى مجموع الديون بمعرفة قاضي المحكمة . ويجب ملاحظة ما يأتي :

(1) دفع حق الدائنين قَبْلَ الموصى لهم ؛ لأنه لا يجوز لشخص مدين أن يهب مالم يؤد دينه .

(2) توزيع ثمن أعيان التركة بين الدائنين حسب دين كل واحد بالنسبة للمجموع .

(3) متى استوفى الدائنون كل حقوقهم ، وبقي شيء من ثمن أعيان التركة

---

(1) تناولت المادة 876 من القانون المدني المصري حق الدائنين في مطالبة المحكمة بتعيين مصف للتركة ، ونصها : « إذا لم يعين المورث وصيًا لتركته ، وطلب أحد ذوي الشأن تعيين مصف لها ، عينت المحكمة ، إذا رأى موجبًا لذلك ، من يجمع الورثة على اختياره . فإن لم يجمع الورثة على أحد تولى القاضي اختيار المصفي ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء » .

وهو ما تناولته المادة 1087 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 391/392 .

توزع بين الموصى لهم بنسبة استحقاق كل منهم .

فإن لم يتبع الوارث في تقسيم ثمن أعيان التركة هذه القواعد جاز لمن لحقه نقص في حقوقه أن يرجع عليه بقدر ما ناله من الضرر ، فضلًا عن طلب حقه ممن أخذ أكثر مما كان يجب أن يأخذه ، سواء الدائنون أو الموصى لهم في ذلك .

وفي حالة عدم تعريف الدائن أو الموصى لهم للوارث يدفع ثمن ما بيع أولًا فأولا لكل من يحضر مطالبًا ، حتى لا يبقى من ثمن أعيان التركة شيء .

فإن حضر بعد ذلك دائنون متأخرون فليس لهم أي حق قِبَلَ الوارث ؛ لأنه اتبع ما تقرر قانونًا ، كما أنه لاحق له قانونًا قِبَلَ الدائنين الذين استوفوا حقوقهم كاملة ؛ لأنهم لم ينالوا غير حقهم قانونًا ، ولكن لهم الحق في الرجوع على الموصى لهم الذين أخذوا قَبْلَهم ؛ لأنه لاوصية ولا عطية قبل دفع الدين ، ولأنهم أخذوا ما لايستحقون ما دام الدين لم يسدد . وحق الرجوع يدوم ثلاثة أعوام .

وليس للموصى لهم حق الرجوع فيما بينهم في هذه الحالة فمن أخذ حقه فأزيد فلا حق لمن لم يأخذ .

التنازل عن الميراث :

وهو عمل به يرفض الوارث المستحق ما يستحقه من الميراث ، ولا يفترض القانون التنازل حتى يصح أن يكون ضمنيًا ؛ بل يجب أن يكون صريحًا ومسجلًا أمام قلم كتاب المحكمة التي بدائرتها التركة في سجل خاص بذلك .

ويعتبر الوارث الذي تنازل عن ميراثه كأنه لم يكن وارثًا وليس لورثته تمثيله ، وينقل حقه إلى بقية الورثة من درجته ، فإن كان هو في درجة واحدة انتقل الميراث إلى الطبقة التي بعده ، والذي يستفيد منه هو الذى ينتفع بعدم وجود الوارث المتنازل ، فلو ترك المتوفى أخوين وأبًا وأمًا ، وتنازل أحد الأخوين ؛ أخذ أخوه نصيبه بقوة القانون ، ولا ينفع الأب ولا الأم .

ويجوز للوارث الذي تنازل الرجوع في تنازله بشرط أن لا يسقط حقه في قبول الميراث بمضي المدة ، وبشرط أن لا يأخذ الوارث المستحق نصيبه وإلا كان من الحق المتملك له فلا يؤخذ منه .

ويجوز إلغاء التنازل عن الميراث لوجود غش أو قهر في التنازل . ويجوز لدائني الوارث المتنازل إبطال تنازله متى حصل بغش ضياعًا لحقوقهم برفع دعوى (بولين) ، ويبطل التنازل لمصلحة ديونهم فقط ؛ بمعنى أن الوارث المتنازل لا يستفيد من هذا البطلان .

وراثة شاغرة :

إذا وجدت تركة ولم يتقدم لها وارث تعتبر التركة شاغرة ، والفرق بين التركة الشاغرة والتركة التي لا وارث لها أن الأولى تُرِكَتْ من مستحقيها ، والثانية ورثتها الحكومة .

ويشترط لوجود تركة شاغرة :

(1) أن يمر أجل الحصر ومدة الاختيار .

(2) عدم تقدم أحد بطلب ميراث هذه التركة .

(3) عدم وجود وارث واضع اليد قانونًا معروفًا أو لم يتنازل . وعمليًّا تعتبر التركة شاغرة متى تنازلت عنها الطبقة الأولى من الورثة ، ولِلَّذين لهم مصلحة أو النائب العام أن يطلبوا من المحكمة إعلان أن التركة شاغرة ، ومتى تم ذلك عينت المحكمة مديرًا لإدارتها ، وهذا المدير له وعليه نحو التركة كما للوارث الذي قبل الميراث بشرط الحصر . فقط يختلف عنه في :

(1) أن الوارث يعمل كمالك وما زاد عن إدارته لصالح الدائنين يحرمه من الانتفاع بشرط الحصر ، ولكن أعماله تكون صحيحة . وأما مدير التركة فما زاد عن إدارته يكون قابلًا للإلغاء .

(2) لا يتناول الوارث أجرًا على عمله ، ويتناول مدير التركة أجرًا على عمله . هذا ، وعليه إيداع ما حصَّله من ثمن أو ريع في إحدى خزائن الحكومة . ولا يلزم إحضار ضامن . وأما الوارث فيجوز له إبقاء ما حصله في يده مع تقديم ضامن .

(3) الوارث لا يضمن خطأه إلا إذا كان فاحشًا ، ولا يصدر عنه في أملاكه الخاصة ، ولكن مدير الشركة ضامن مطلقًا حتى الخطأ الخفيف [1] .

---

(1) انظر : البنود من 784 إلى 814 في الباب الخامس ، ومن 870 إلى 882 ، في الباب السادس ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 174 – 181 ، ص 193 – 196 .

بند [26] تصفية التركة

التشريع الإسلامي : إذا كانت التركة مدينة ومستغرقة بالدين فكأنه لا تركة؛ لأنه لا يبقى للورثة شيء ، فيجب - والحالة هذه - تصفيتها ، فإن كانت أعيانًا بيعت لسداد ديون المتوفى ، والذي يتولى البيع والسداد أحد ثلاثة الوارث متى قبل ذلك ؛ لأنه صاحب المصلحة الأولى في المحافظة على التركة لجواز أن يبقى له شيء ميراثًا من أثمان أعيانها .

فإن لم يقبل الوارث رفع الدائنون الأمر للحاكم فيعين مندوبه لتصفية التركة وتقسيم ما نَضَّ (صار نقدا) من ثمنها إليهم بنسبة ديونهم ، وإن كانوا متساويين في الدرجة . فإن عين المتوفى وصيًّا لتنفيذ وصيته أو لسداد ديونه فهو الذي يتولى ذلك [1] .

وليست ديون التركة في مرتبة واحدة فيجب تقديم بعضها على بعض فيخرج من التركة [2] :

أولًا : الحق الذى تعلق بعين كالمرهون (أو الدين الذي بِرَهْن) ولو أتى على كل التركة ؛ كما لو كانت كل التركة مرهونة في دين فتباع فيه ، ويدفع ثمنها بتمامه لرب الدين إن لم يزد عن دينه ، وإلا أخذ دينه فقط [3] .

---

(1) تناولت المادة 876 من القانون المدني المصري وما بعدها موضوع تعيين مصف للتركة ، ونص هذه المادة : « إذا لم يعين المورث وصيًّا لتركته وطلب أحد ذوي الشأن تعيين مصف لها . عينت المحكمة ، إذا رأت موجبًا لذلك ، من يجمع الورثة على اختياره ، فإن لم يجمع الورثة على أحد تولى القاضي اختيار المصفي ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة . وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء » .

والمادة تتفق مع المادة 1087 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 391 ، 392 .

(2) يقول الدردير : « الحقوق المتعلقة بالتركة خمسة باستقراء الفقهاء . وأشار لها على الترتيب بقوله : يبدأ من تركة الميت من رأس المال ولو أتى على جميع التركة بحق تعلق بعين ، كمرهون في دين فيقدم وجوبًا ، فمؤن تجهيزه تقدم على الديون من كفن وغسل وحمل وغير ذلك بالمعروف بما يناسب حاله من فقر وغنى ، فقضاء دينه يقدم من رأس المال على الوصايا ، فوصاياه من ثلث الباقي بعد ما تقدم ، ثم الباقي يكون لوارثه . الشرح الصغير جـ 4 ص 198 . بداية المجتهد جـ 2 ص 338 .

(3) نصت المادة 205 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي على ما يأتي : « تركة المدين مرهونة بديونه حتى تسدد » . وجاء في مذكرة هذه المادة ما يأتي : « فإذا مات الميت وعليه دين ، تعلق هذا الدين بتركته المنتقلة إلى الوارث مع وجود الدين تعلقه بالمرهون . ويستوي الدين المستغرق للتركة وغيره في الأصح .. » انظر : المذكرة الإيضاحية ص 391 .

ثانيًا : مؤن تجهيز المورث من كفن ، وغسل ، وحمل ، وحفر فقط بالمعروف . وضمن من أسرف [1] .

ثالثًا : قضاء ديونه العرفية (التي ليست برهن) من رأس مال التركة ، كانت الديون بضامن أم لا ، حالة أو مؤجلة ؛ لأنها تحل بموته .

رابعًا : إخراج وصاياه من ثلث الباقي [2] .

والذي يبقى بعد ذلك يكون تركة يقسم بين الورثة المستحقين للميراث [3] .

ويلاحظ في هذا الترتيب أن الدين الذي برهن مقدم على كل شيء حتى على مؤن الكفن والدفن ، وأن مؤن تجهيز المورث مقدمة على الدين الذى لا رهن فيه ، والديون التي لا رهن فيها مقدمة على الوصايا والعطايا والهبة بعد الموت ، والوصايا تخرج من ثلث باقي التركة بعد ما تقدم ، والثلثان للورثة .

فإذا تقدم أحد هذه الطبقات على من يجب أن يسبقه فقد أخذ الذي لا يستحق فيجب عليه رده ؛ فإذا أخذ موصى له مبلغًا من التركة قبل سداد الديون ، ولم تكن في التركة بقية لاستغراقها وجب رد ما أخذه الموصى له لسداد دين المورث ، ويقضي القضاء بذلك عند عدم الإذعان بالحسنى .

وسداد ديون التركة يكون كاملًا متى وسعتها قيمة التركة ، فإن زادت الديون عن

---

(1) تناولت المادة 882 من القانون المدني المصري واجب المصفي في القيام « في الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه بما يناسب حالته . وعليه أيضًا أن يستصدر أمرًا من قاضي الأمور الوقتية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهي التصفية ، على أن تخصم النفقة التي يستولي عليها كل وارث من نصيبه في الميراث » . وهو ما تناولته المادة 1093 من التقنين الأردني والمادة 962 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 393 .

(2) « يتولى المصفي بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف » طبقًا بنص المادة 898 مدني مصري ، وهو ما جاء كذلك في المادة 1108 مدني أردني ، والمادة 978 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية وهذا هو ما يتطلبه الفقه الإسلامي بإجماع علمائه على تأخير الوصية على الدَّيْن .

(3) جاء في المادتين 899 و 900 من القانون المدني المصري بيان حق الورثة في التركة ؛ فالمادة 899 تنص على ما يأتي : « بعد تنفيذ التزامات التركة ، يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة » .

والمادة 900 تنص على ما يأتي : « يسلم المصفي إلى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة » .

وهو ما جاء في المادتين 1109 ، 1110 من التقنين الأردني ، والمادة 979 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية . انظر : المذكرة الإيضاحية ص 398 .

قيمتها أخذ كل دائن بقيمة ما يخصه في التركة ، باعتبار نسبة دينه للديون الأخرى ، فلو كان الدين 300 جنيه لثلاثة أشخاص : أحدهم 100 جنيهًا ، والثاني 150 جنيهًا ، والثالث 50 جنيهًا ، وكانت قيمة التركة 150 جنيه أخذ صاحب المائة 50 جنيهًا ، وأخذ صاحب المائة وخمسين 75 جنيهًا ، وأخذ صاحب الخمسين خمسة وعشرين جنيهًا .

التنازل عن الميراث : ليس في التشريع الإسلامي تنازل عن الميراث بالمعنى المفهوم في التشريع الوضعي ، وإنما هو ترك لحق تعلق بالوارث . وليس بهذا الترك تزول صفة الوراثة فهي باقية رغمًا عن هذا الترك .

ولا يترتب على هذا الترك حرمان ولا إعطاء ولا استحقاق لوارث آخر مثلًا ؛ فلا يستفيد منه أحد ولا يضر أحدًا ؛ لأن صفة الوراثة واستحقاق الميراث حق مقرر وصفة ثابتة للوارث بمجرد وفاة المورث ، كما سبق تحقيق ذلك .

فإن تنازل هذا الوارث لشخص معين نظير عوض كان بيعًا أو بدلًا ، وتجري عليه أحكام العقود العامة (بيع أو بدل) ، وإن كان التنازل لشخص معين بلا مقابل كان هبة . وينطبق عليها شروط الهبة في الواهب والموهوب له . وإن تنازل لا لشخص معين ولا للورثة فهو مال لا صاحب له ، ومحله بيت المال ؛ لأنه مال لا صاحب له من الأموال أيًّا كانت .

وكل هذا يصح أن يقال إذا كان هناك تركة موروثة لا دين عليها ، وكان هذا الشخص وارثًا حقيقة . فإن كان هناك تركة ولكنها مدينة ومستغرقة بالدين فلا يقال إن الوارث تنازل عن ميراثه ؛ لأن الميراث فرع وجود التركة ، فلا تركة إلا بعد سداد الدين ، فلا ميراث [1] .

والوراثة الشاغرة – وهي التي لا وارث لها – محلها بيت المال؛ لأنه وارث من لا وارث له فيديرها بواسطة عماله ، ويسدد ما عليها من ديون ، وصافيها يصرف في مصالح الأمة . ومن يتولى إدارتها وتصفيتها مسئول عن عمله خطأ أو صوابا [2] .

---

(1) يقول الدردير : « فقضاء دينه يقدم من رأس المال على الوصايا أي دينه الذي عليه لآدمي كان بضامن أم لا » . الشرح الصغير جـ 4 ص 198 .

(2) تضمنت المادة 23 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية قاعدة إسناد خاصة بالتركة التي لا وارث لها وتقع أعيانها في مصر ، حيث تقضي بأيلولة التركة إلى دولة موقع أموال التركة بوصفها مالًا لا مالك له . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 7 ، 8 .

بند [27] علاقات الورثة والغير

القانون الفرنسي : علاقات الورثة ودائني المتوفى :

سيبحث في هذا الباب المسائل الآتية :

أولا : واجبات الورثة ، يجب على الورثة أداء الديون التي ترتبت في ذمة المتوفى وقت الوفاة أيًّا كان سببها . ويجب عليهم بعض الديون التي ترتبت بعد وفاته بسبب الوفاة كتكاليف الدفن والحصر والتصفية . ويجب عليهم دفع ما أوصى به المتوفى في حدود القانون . والذي يجب عليه السداد هم : الورثة الشرعيون والطبيعيون ، الورثة غير النظاميين ، الورثة فوق العادة : كالأصول الواهبين والمتبنين ، والموصى لهم العامون أو بعنوان عام ، والمعطى لهم أملاك مستقبلة . وأما الموصى لهم الخاصون فلا يلزمهم شيء من أداء الدين .

وأداء الديون المذكورة مفروض في الورثة الذين لم يشترطوا الحصر فيؤدي :

1 - الورثة الشرعيون والطبيعيون : يفرض القانون استمرار المتوفى وهم بدله ، فيدفعون الديون عن التركة كما يدفعون ديونهم الشخصية حتى عن أملاكهم الخاصة .

2 - الورثة غير النظاميين : في أدائهم دين التركة خلاف . والرأي الغالب أنهم يؤدون ما يعادل قيمة ما يرثون فقط ، فالقانون يفرضهم ورثة فقط ، وهم لا يمثلون استمرار المتوفى المدين كالقسم السابق . وقد جرى العمل قضاء على ذلك . وقد اتفق الجميع على أن الحكومة إذا كانت وارثة فلا تدفع إلا مقدار قيمة التركة إلى الدائنين .

ويتحمل كل وارث في التركة من الدين بمقدار ما يأخذه من التركة .

للدائنين الحق في تنفيذ الأحكام المشمولة بالنفاذ الصادرة ضد المتوفى بشرط أن تعلن أولًا إلى شخص الورثة أو في محال إقامتهم ، وأن يمضي ثمانية أيام .

وعلى الورثة عند رفع الأمر للقضاء رفع الدعوى ضد الوارث بما يخصه فقط إلا :

1 - إذا كان الدين لا يقبل القسمة لا قضاء ولا طبيعيًّا فترفع الدعوى بكل الدين على أي وارث يختاره الدائن .

2 - لو كان الدين نظير رهن عين من التركة فترفع الدعوى على من وقعت في حصته العين المرهونة نظير كل الدين لا بما يخصه هو من الدين .

3 - يجوز للمتوفى حال حياته تخصيص أحد الورثة بدفع الديون ، فليس إذن لدائني المتوفى رفع دعوى ضد بقية الورثة غير هذا الوارث .

ثانيًا - تفرقة الأموال :

يجوز أن تكون تركة المتوفى مستغرقة بالديون ، كما يجوز أن يكون ما عليها أقل بكثير مما لها . وكذا يجوز أن يكون الوارث لا دين عليه وأن يكون مثقلًا بالديون . فمتى قبل التركة بلا شرط ولا قيد اختلط الميراث بأملاكه الخاصة ؛ ففي حالة مديونية الوارث المستغرقة وعدم وجود دين على التركة التي ورثها يستغرقها يلحق دائني المتوفى ضرر فلا يستوفون كل ديونهم ؛ لأنهم سيشاركهم دائنو الوارث ، فإذا كان على التركة 500 ج وهي تساوي 600 ج ، وعلى الوارث 400 ج ، وملكه الشخصي = 100 جنيه فلو ضم الميراث على الملكية الشخصية لكان الدين المطلوب 900 ج ورأس المال 700 ج ؛ ولذلك منعًا للضرر منح القانون حق طلب تفرقة أموال التركة الموروثة على أملاك الوارث الشخصية إلى دائني التركة ، لكن هذه التفرقة تكون مفيدة إذا لم يقبل الوارث الميراث بشرط الحصر ، فيكون هناك تفرقة قانونية بدون طلب . وهذه التفرقة كانت في القانون الروماني .

وتفرقة الأموال تكون بناء على طلب دائني المتوفى والموصى له ، ولا يجوز لدائني الوارث الشخصيين طلب تفرقة الأموال في حالة استغراق التركة بالدين . فقط لهم استعمال دعوى (بولين) متى ثبت أن الوارث استعمل الغش وألحق بدائنيه ضررًا . والتفرقة في الأموال ليست ضد الوارث بل ضد دائنيه بحيث لا يتقاضون ديونهم من التركة الموروثة التي يجب أن تكون وقفًا على قضاء دين المتوفى فقط .

شروط استعمال هذا الحق :

لا يلزم لاستعمال هذا الحق تقديم طلب للقضاء ؛ لأن هذا حقهم القانوني فهم يعارضون به دائني الوارث الشخصي حينما يتعدون إلى أعيان التركة فيكونون

مقدمين في الدفع عنهم .

فإذا لم يكن دائنو الوارث الشخصيين غير معروفين ، وخشي دائنو التركة أو الموصى لهم أن يحصل اختلاط بالفعل فلهم قانونًا اتخاذ طرق تحفظية بوضع الأختام وحصر التركة بالنسبة لأعيان التركة المنقولة . وأما العقار فيجب تسجيل هذا الفصل في سجل خاص بمكتب حفظ الرهونات في مدة الستة أشهر التالية لاستحقاق التركة .

ويسقط حق فصل المِلْكَين بالنسبة للمنقول بمضي ثلاث سنين . وأما بالنسبة للعقار ففيه خلاف . هل يسقط بتمليك العقار أو هو حق عيني للدائنين أو الموصى لهم في التركة يتبع العقار حيث كان لأنه امتياز لهم ؟

نتيجة تفريق المالين :

يعتبر القانون أن الوارث مدين لدائن التركة شخصيًا ، ولكن تفريق المالين جاء لمصلحة الدائن ؛ لأنه يفضله أولًا في دفع ديونه عن دائن الوارث الشخصي فقط .

فحق تفريق المالين شرع لصالح دائني التركة . لكن هذا لا يقضي بعدم تفرقة الدين على الورثة ، ومطالبة كل وارث بما يستحق نظير ما أخذ . فإذا أوفت التركة بكل ما عليها من دين فَبِها ، وإلا فلدائني التركة الحق في الرجوع على الوارث بالباقي فيزاحمون الدائنين الشخصيين للوارث ؛ لأن قبول الوارث للميراث بلا شرط ولا قيد هو حلول الوارث محل المتوفى شخصيًا ، فيصبح متعهدًا بما تعهد به فزاد ضمان وفاء ديون التركة .

والعلاقة بين دائني التركة بعد الوفاة كالعلاقة قبل الوفاة ، كل واحد منهم حر فيما يراه من حفظ حقوقه بدون إلحاق ضرر بالآخرين . والعلاقة بين الدائنين والموصى لهم أنه لا يدفع للموصى لهم شيء حتى يسدد الدين أولًا .

سقوط حق التفريق :

يسقط حق التفريق إذا لم يستعمل دائنو التركة هذا الحق مدة ثلاث سنين في المنقول ، أو إذا لم يسجل في العقار سقط هذا الحق ، وكذلك يسقط إذا اختلطت منقولات التركة بمنقولات الوارث الشخصية بحيث لا يمكن الفصل بينهما ،

وبتنازل الدائنين والموصى لهم صراحة عن هذا الحق .

ثالثًا : ادعاء الوراثة :

ادعاء الوراثة دعوى عينية بها يدعي شخص وراثته لآخر فيثبت صفته أمام القضاء طالبًا وضع يده على التركة .

ودعوى الوراثة تشبه دعوى الاسترداد ودعوى القسمة . فهي تشبه دعوى الاسترداد في أنها دعوى عينية ترفع قبل أي شخص ، ولكنها تختلف عنها في الآتي :

(1) دعوى الوراثة ينكر المدعى عليه على المدعي صفة وراثته من المتوفى . ودعوى الاسترداد يعترف المدعى عليه بصفة الوراثة ، ولكنه يدعي أنه هو المالك الحقيقي للشيء المتنازع فيه دون المسترد .

(2) في دعوى الاسترداد على المدعي إثبات ملكيته للشيء المتنازع عليه ، وفي الوراثة عليه إثبات أنه وارث وأن الشيء الذي في يد المدعى عليه المطلوب تسليمه إليه كان ضمن أعيان التركة .

وهي مثل دعوى القسمة في أنهما خاصتان بأشياء موروثة يراد تخصيصها ، ويختلفان في أن صفة المدعي في دعوى القسمة معترف بها ، وفي دعوى الوراثة منكرة . وفي أن دعوى القسمة لا تسقط بمضي المدة ، بينما دعوى الوراثة تسقط بمضي ثلاثين سنة .

ودعوى الوراثة تكون من كل شخص يدعي أنه وارث نظامي أو غير نظامي حتى ولو كان من طبقة محجوبة بطبقة قربى .

وليس للمدعى عليه رفع الدعوى ببعده عن المتوفى ووجود أقرب منه .

وترفع الدعوى ضد أي شخص واضع يده على كل أو بعض أعيان التركة حتى ولو موصى له بعنوان عام .

ونتيجة دعوى الوراثة ، أنه متى أثبت المدعي وراثته للمتوفى فعلى المدعى عليه رد ما تحت يده من أعيان التركة وما يتبعها وما نتج عنها من زيادات وتحسينات ، أيًا كان سببها . أما الثمرات فالمدعى عليه حسن النية يملكها إلى يوم رفع الدعوى ، ولا يلزم بردها . وسيىء النية يلزم بردها كلها حتى التي أهمل أخذها .

وأما هدم بعض التركة : فواضع اليد حَسَنُ النية لا يلزمه شيء إلا إذا استفاد من أنقاضه كهدم بيت فعليه رد ما استفاده بلا زيادة . وأما سيء النية فعليه التعويض ، حتى في حالة قوة قاهرة ، أو حصول شيء فوق الطاقة ، أو إهمال .

وما أنفقه واضع اليد : فله الرجوع به على مستحق الوراثة متى كان ضروريًّا لحفظ أعيان التركة . فإن كان الإنفاق نافعًا فقط فيرجع بما زاده الإنفاق على الأصل فقط .

وما تم من الأعمال من المدعى عليه قبل ثبوت الوراثة الحقيقية ففي الأعمال الإدارية المحضة مع غير الحسن النية تكون محترمة ، ويبقيها الوارث بلا فرق بين سوء وحسن نية المدعى عليه . وفي التمليك بلا عوض فللوارث الحق في استردادها من الغير في العقار . وأما في المنقول فتمنع منه (المادة 2279) ، ولكن للوارث الرجوع بالقيمة على المدعى عليه .وأما التمليك بعوض ففيه خلاف هل يكون ملغى في جميع الأحوال ، حتى ولو كان البائع والمشترى حسن النية ، أو متى كان المشترى حسن النية ، وكان المدعى عليه له صفة ظاهرة في أنه وارث فلا يلغى البيع ؟ .

سقوط الحق :

يسقط الحق في دعوى الوراثة بمضي ثلاثين سنة . وهذه الدعوى لسقوط الحق لا لتملك الوراثة ؛ لأن صفة الوراثة لا تتملك بوضع اليد ، وتبدأ المدة في الوارث الشرعي وغير الشرعي من يوم وضع أيديهم ، وفي الموصى له والأجنبي من يوم استحقاق الميراث .

وينتج عن ذلك أنه متى مضى الزمن المحدد فقد ملك واضع اليد أعيان التركة التي تحت يده إن كان وارثًا أو موصى له . فإن كان أجنبيًّا وتملك التركة بوضع اليد بلا حجة لمدة ثلاثين سنة فليس للوارث الحقيقي رفع دعوى الوراثة عليه لاسترداد هذه التركة . غير أن هذا الشخص الأجنبي لم يتملك صفة الوراثة بمضي المدة ، فلم يملك كل ما وجد في التركة جملة وتفصيلًا بمضي المدة المذكورة . فيمكن للوارث رفع دعوى استرداد لأعيان التركة أو لبعضها لسبب آخر ، متى كان لم يسقط الحق في ذلك بمضي المدة أيضًا [1] .

---

(1) انظر : البنود من 870 إلى 882 في الفصل الثالث ، من الباب السادس ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 193 - 196 .

بند [28] علاقات الورثة والغير

التشريع الإسلامي :

علاقة الورثة ودائني المتوفى : واجبات الورثة : متى كانت التركة تحت أيدي الورثة وجب عليهم دفع ديون المتوفى بقدر التركة . ويصح مقاضاتهم بصفة كونهم ورثة ، كما يصح مقاضاتهم بصفة كونهم واضعي اليد على أعيان التركة . فإن لم تكن التركة تحت أيدي الورثة فلا يجب عليهم شيء ، وتعين إقامة وصي على التركة أو قيم من قبل القاضي يقاضِي ويقاضَى في دفع ديون التركة . ويصح رفع الدعوى على أحد الورثة أيضًا بصفته وارثًا ، وإن لم يرث بالفعل [1] .

ومعلوم أن نفقة الكفن والدفن وما يلزم لمواراة الجثة يجب إخراجها من التركة بعد سداد الديون ذات الرهون وقبل دفع الديون العادية التي بلا رهن [2] . ثم يجب إخراج الوصايا من ثلث الباقي بعد ذلك [3] .

وليس في التشريع الإسلامي ورثة نظاميون وغير نظاميين ، فكل من يصح أن يكون وارثًا قد نظمت أحكامه بما له وما عليه .

فجميع الورثة حتى بيت المال لا يأخذون ميراثًا إلا بعد سداد الديون التي برهن وديون الكفن والدفن والديون العادية والوصايا من الثلث الباقي . فالوصية بجزء شائع أو بشيء معين لا تخرج من ثلث التركة إلا بعد سداد ديون التركة . فلو ترك المتوفى تركته البالغ قيمتها مائة جنيه مصرية ، وترك أمه وزوجته وولده ،

(1) تقدمت الإشارة إلى وجوب الوفاء بالديون في الفقه الإسلامي قبل توزيع التركة ، وهو ما نصت عليه المادة 891 مدني مصري ، كما تقدم ذكر قاعدة الفصل بين ذمة المتوفى وذمة ورثته في الفقه الإسلامي حتى لا يضمنون من ديونه إلا بقدر ما يأخذون من أنصبائهم في حدود الحصة المقررة لكل واحد منهم .

(2) يبدأ من تركة الميت من رأس المال ، ولو أتى على جميع التركة بحق تعلق بذات ، فمؤن تجهيزه تقدم على الديون من كفن ، وغسل ، وحمل ، وغير ذلك بما يناسب حاله من فقر ، وغنى وضمن من أسرف . الشرح الصغير (193/4) ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 8 ص 308 ، 309 .

(3) تناولت المادة 882 من القانون المدني المصري وجوب قيام المصفي « في الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه بما يناسب حالته ... » وهو ما تناولته أيضًا المادة 1093 من التقنين الأردني والمادة 962 من المشروع المدني طبقًا للشريعة . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 393 .

وأوصى بعشرة جنيهات لزيد من الناس ، وعليه دين 30 جنيهًا مصريًّا ، وتكلف كفنه ودفنه 10 عشرة جنيهات فتخرج من التركة أولًا 30 جنيها قيمة دين المتوفى ، ثم تخرج 10 عشرة جنيهات مصرية قيمة الكفن والدفن ، والباقي وهو ستون جنيهًا تخرج من ثلثها وهو عشر 10 جنيهات مصرية قيمة الوصية ، وما بقي بعد ذلك وهو خمسون جنيهًا تُقسم بين الورثة للأم السدس ، وللزوجة الثمن ، والباقي للولد .

الديون تدفع من التركة التي تحت أيدي الورثة . فإن لم تكن تحت أيديهم فلا يلزم أحد بدفع شيء إلا أن يتبرع . وليس في التشريع الإسلامي تمثيل ؛ فمتى مات المتوفى انقطع وجوده إطلاقًا فلا يستمر وجوده بعد ذلك ولو قبل الوارث دفع ديونه ، وفي هذه الحالة يكون مؤديًا لما تعهد به المتوفى لا استمرارًا لحياةٍ ومعاملاتٍ قُطعت بالموت .

والقاعدة الشرعية التي لا نزاع فيها (أن الغرم قدر الغنم [1]) يعني أن الوارث ليس ملزمًا بأداء ديون المتوفى أزيد من نصيبه من التركة إلا إذا تبرع فهو حر ، ويعتبر هذا تعهدًا جديدًا لا علاقة له بالتركة ولا بأصل الالتزام .

ديون المتوفى :

إن كان الورثة كلهم بُلَّغًا رُشَّدًا ، ورأوا سند مديونية مورثهم صحيحًا ، وكانت التركة تحت أيديهم وجب عليهم قضاء هذا الدين . وإن كان في الورثة عديم أهلية كقاصر أو مجنون مثلًا فليس لهم دفع الدين عن المتوفى من التركة إلا إذا كان سند الدين رسميًّا لا شبهة فيه . فإن كان عرفيًّا ، أو كان يمكن أن يتطرق إليه الشك ، فيجب على ولي أمر عديم الأهلية عدم الدفع حتى يظهر القضاء وجوب الأداء .

ورفع الدعوى بدين المورث يكون في مواجهة الوارث بصفته ممثلًا للتركة ، وفي مواجهته بصفته واضعًا يده عليها كلًّا أو بعضًا ، وموضوعها يكون طلب الحكم بإثبات مديونية المتوفى وأن ذمته كانت مشغولة بهذا الالتزام (دينًا أو غيره) قبل أن يموت ، وطلب أمر الوارث أو واضع اليد بأداء ما يثبت في ذمة المتوفى مما تحت يده

---

(1) قاعدة : الغرم قدر الغنم .

من التركة ، فعلى المدعي إثبات أمرين بل ثلاثة :

أولًا : مديونية المتوفى إلى حين وفاته .

ثانيًا : أن المدعى عليه وارث .

ثالثًا : أن تحت يده ما يفي بهذا الالتزام ، أو في التركة ما يفي ، ومتى ادعى ذلك وأثبته قضى القاضي بملزومية الوارث بأداء مطلوب الدائن مما تحت يد الوارث من التركة المخلفة عن المورث [1] .

والوارث المدعى عليه يمثل الورثة جميعًا ؛ فالحكم عليه لدائني المورث حكم على جميع الورثة فيما تحت أيديهم من التركة ؛ فلا تصح المعارضة من الورثة الباقين بأن الحكم لم يكن في مواجهتهم ؛ لأن الحكم في الواقع حكم على المتوفى بمشغولية ذمته بهذا الالتزام المدعى به قبل وفاته ، والورثة في ذلك كلهم سواء ، والحكم بأداء ما يحكم به من التركة يسري على الجميع ؛ لأنه لا يتوجه لواحد بعينه في سداد دين التركة ؛ لأنه لا ميراث إلا بعد سداد الدين [2] . واستيلاؤهم على شيء من التركة وهي مدينة يعتبر استيلاء على شيء لا يملكونه فيجب عليهم السداد مما تحت أيديهم ، فالحكم على واحد من الورثة حكم على الجميع .

هذا إذا لم تكن التركة قسمت أو كانت قسمت والدعوى على شيء معين (منزل أو حيوان مثلًا) تحت يد أحد الورثة فالدعوى توجه لأحد الورثة فيغني عن الجميع في الأول وفي الثاني توجه لمن تحت يده المدَّعَى به المعين ، وهو الذي لا يقبل التجزئة .

فإن كانت التركة قسمت أو كانت الدعوى بغير معين فلا يخلو الحال :

أولًا : لو بيعت سلعة من مال الميت بعد الموت أو قبله ، ثم استحقت تلك السلعة ، فإن المسْتَحَقَّ من يده يرجع على كل واحد من الغرماء أو من الورثة بالحصة التي كانت تنوبه في الحصاص فقط فلا يأخذ (أي الدائن) أحدًا عن أحد .

---

(1) سبقت الإشارة إلى ما جاء في المادة 891 مدني مصري من وجوب قيام المصفي « بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التي لم يقم في شأنها نزاع . أما الديون التي نوزع فيها فتسوى بعد الفصل في النزاع نهائيًا » . وهو ما تناولته كذلك المادة 1102 من التقنين الأردني ، والمادة 971 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 395 .

(2) قاعدة : لا ميراث إلا بعد سداد الدين .

ثانيًا : إذا قسم الغرماء مال المتوفى ، ثم طرأ عليهم غريم ، سواء علم به الغرماء أم لا ولم تعلم الورثة بالدين ، وليس الميت مشهورًا بالمداينة فإنه يرجع على كل من الغرماء بالحصة التي تنوبه لو كان حاضرًا ، فلا يأخذ (أي الدائن) مليئًا عن معدم ، ولا حاضرًا عن غائب ، ولا حيًا عن ميت .

ثالثًا : إذا ظهر وارث على وارث أو موصى له على موصى له بعد قسمة التركة فيرجع على كل بما يخصه فلا يأخذ مليئًا عن معدم ، ولا حاضرًا عن غائب كما ذكر في (ثانيًا) قَبْله .

رابعًا : إن اشتهر ميت بالدين أوعلم وارثه أووصيه ببعض الغرماء فتعدى الوارث أو الوصي ، و أقبض التركة لبعض الغرماء ، فإن الطارئ من الغرماء يرجع على الوارث ، أو على الوصي ، فيأخذ منه جميع حقه لتعديه بالقسم ، ثم يرجع الوارث أو الوصي على الغرماء الذين قبضوا أولًا بقدر ما أخذ هذا الطارئ منه .

أما إذا لم يعلم ولم يشتهر مورثه بالدين فإن الطارئ يرجع على الغرماء دون الوارث .

خامسًا : إذا اقتسم الورثة التركة ميراثًا ، ثم طرأ عليهم غريم - لا بقيد العلم والشهرة - فإنه يأخذ المليء عن المعدم والحاضرَ عن الغائب والحيَّ عن الميت بجميع حقه ما لم يجاوز دين الطارئ ما قبضه الوارث المليء ؛ لأن الوارث المليء يقول لهذا الغريم الطارئ : ليس لك عليّ رجوع إلا بقدر ما قبضته فقط ، وحينئذ يرجع هذا الطارئ ببقية دينه على بقية الورثة ، لأن الغريم مقدم على الوارث ؛ إذ لا ميراث إلا بعد وفاء الدين [1] ، وهذا في الوارث القابض فلا تفصيل هنا بين علم وعدمه أو اشتهار المتوفى بدين أو عدمه .

سادسًا : يشترط أن لا يكون الغريم الطارئ حاضرًا لقسمة التركة ، ساكتًا بلا عذر له من القيام بحقه ، وإلافلا يرجع بشيء على أحد ؛ لأنه قبل بقاء دينه ، ولم يبق من التركة ما يفي بدينه ، فإن بقي ما يفي بحقه لم يسقط حقه إذا حلف أنه ما ترك حقه [2] .

---

(1) قاعدة : لا ميراث إلا بعد وفاء الدين .

(2) القاعدة في الفقه الإسلامي أن ذمة الوارث مستقلة عن ذمة مورثه ، فلا يطالب الورث بما على المورث من دين إلا في حدود ما أخذه من التركة .

ويجوز للمتوفَّى تخصيص أحد الورثة أو أحد الأجانب عنه بالوفاء بديونه بعد موته . فإن قبل فيكون نوعًا من الوصية فيصح للدائنين مقاضاته لدفع ديون المتوفى . ويصح لكل دائن اتخاذ ما يراه من الطرق القضائية لحفظ حقه في التركة .

والدين الذي ثبت في ذمة المتوفى إما أن يكون سندًا عرفيًا ، أو إقرارًا رسميًّا ، أو حكمًا . أما السند العرفي : فليس ملزمًا للورثة ما دام غير متفق عليه ، أو كان هناك قاصر ، إلا إذا اتصل به حكم بمديونية المتوفى . وأما الإقرار الرسمي فلا نزاع في حجيته إلا إذا ثبت خلافه . وأما الحكم فإن كان من درجة نهائية فقد حاز صفة الشيء المقضي فيه ، أو كان من درجة ابتدائية ومضت مدة المعارضة أو الاستئناف فيه فكذلك . وينفذ على الورثة في التركة فقط متى أعلنوا به . فإن مات المدين أثناء سير الدعوى أوقفت الدعوى ، وأعلنت ورثته لسماع الحكم في مواجهتهم على المتوفَّى مورثهم .

تفرقة أموال التركة عن أموال الوارث :

سبق بحث هذا الموضوع وتبين أن الميراث مبني على قواعد عامة منها تفرقة الأموال من غير طلب . يعني أن الوارث الذي يقبل الميراث من غير شرط ولا قيد لا يكون ملزمًا بأداء ديون التركة أزيد من التركة مطلقًا وعلى أي حال [1] .

ولنفس الوارث معارضة دائني التركة بذلك . ولدائني الوارث معارضة دائني المورث بذلك في أنه أولى باقتضاء دينه من مال مدينه وهو الوارث قبل دائني المورث الذين لا حق لهم قِبل الوارث إلا بقدر تركة مدينهم . فإن تبرع الوارث بسداد ديون مورثه فلا يصح تبرعه وهو مدين ؛ فالدين مقدم على التبرع فيقضي دينه الواجب أولًا ، فإن بقي شيء بعد ذلك قضى الدين الذي تبرع بسداده .

فهذه التفرقة مقررة شرعًا ومنها أخذ التشريع الوضعي أساسها .

ومعلوم أن قضاء الدين مقدم على الوصايا ؛ لأن الدين واجب ، والوصايا تبرع

(1) قاعدة : الوارث الذي يقبل الميراث من غير شرط ولا قيد لا يكون ملزمًا بأداء ديون التركة أزيد من التركة مطلقًا وعلى أي حال .

وهبة [1] ، ولا تكون إلا بعد أداء الواجب . فلا وصية إلا بعد سداد الدين [2] .

ادعاء الميراث :

متى اتفق الورثة فيما بينهم فلا تقاضي . وإن لم يتفقوا لا في الصفة ولا في قدر الفرض تعين الرجوع إلى القضاء .

فدعوى الميراث تكون من شخص أنكر بقية الورثة ، أو واضع اليد على أعيان التركة أنه وارث ، أو أنكروا قدر نصيبه الثلث أو السدس مثلًا . فموضوع دعوى إثبات الوراثة يشمل وفاة المورث ، وأن المدعي وارث له على صفة كذا - يعنى أنه ابنه أو أخوه أو عمه إلخ ، وأنه يستحق الميراث بالفعل ولم يمنعه مانع من الاستحقاق ، وأن نصيبه في التركة كذا وأن الميراث موجود بالفعل . والمقرر شرعًا أن القاضي لا يكلف غرماء الميت إثبات أن لا غريم غيرهم بخلاف الورثة ، فإن الحاكم لا يقسم عليهم التركة حتى يكلفهم ببينة تشهد بحصرهم ، وموت مورثهم ، ورتبتهم من الميت اتفاقًا ؛ لأن ذلك معلوم للجيران وأهل البلد فلا مشقة في إثباته .

ثم إنه يجب أن تكون شهادة البينة الشاهدة للورثة على نفي العلم (لا نعلم له وارثًا غير هذا أو هؤلاء) لا على القطع ؛ فلو قال : لا وارث له غير هذا قطعًا بطلت شهادته .

واستؤني بالقسم للتركة أن عرف المتوفى بالدين :

ومتى أثبت مدعي الوراثة دعواه حكم القاضي بالوفاة والوراثة واستحقاق المدعي نصيبه في التركة وقدره كذا ، وأمر المدعى عليه بأن يسلمه نصيبه في التركة المدعى به .

ويشترط في مدعي الوراثة أن يكون وارثًا بالفعل ، ليس محجوبًا بغيره ، أو منع من ميراثه مانع كقتل المورث مثلًا ؛ فلا يصح لأخ لأب يدعي الوراثة مع وجود الأخ الشقيق ، لأنه يحجبه عن استحقاق الميراث بالفعل . ولا يصح لقاتل أن

---

(1) قاعدة : قضاء الدين مقدم على الوصايا ؛ لأن الدين واجب والوصايا تبرع وهبة .

(2) بينت المادة 898 من القانون المدني المصري وجوب تسوية الديون قبل تنفيذ الوصايا ، وهو ما جاء في المادة 978 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 1108 مدني أردني ، ويتفق حكم المادة مع أحكام الفقه الإسلامي ، فهو تطبيق لقاعدة « لا تركة إلا بعد سداد الدين » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص397 .

يطلب وراثته من المقتول متى ثبت أنه قاتل فعلًا [1] ، يعنى تُرْفَض دعواه . وللمدعى عليه دفع دعوى المدعي بأنه محجوب عن الميراث بكذا ، ومتى أثبت دفعه يحكم برفض دعوى المدعي ، وترفع الدعوى لإثبات الوراثة ضد خَصْم ، وهو إما وارث أو مغتصب لبعض أو لكل أعيان التركة .

ومتى ثبتت الوراثة وجب على المحكوم عليه تسليم ما تحت يده من نصيب الوارث . فإن كان مغتصبًا رد كل ما نتج عن العين التي كانت تحت يده من يوم اغتصابه . وإن كان غير مغتصب اتبعت القواعد العامة في الاستحقاق والاسترداد السابق شرحها ، وكذا حكم النفقات وفي جميع التصرفات .

سقوط الحق في دعوى الميراث :

في مذهب مالك لم يفرقوا بين دعوى الميراث وغيره إذا كان الحائز أجنبيًا غير شريك فقالوا : « وإن حاز أجنبي غير شريك عقارًا وتصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرفات ولو هدمًا أو بناء ، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع دعواه ولا بينته واستحقه الحائز [2] ، لقوله ﷺ : « من حاز شيئًا عشر سنين فهو له » وفي المدونة : الحيازة كالبينة القاطعة لا يحتاج معها ليمين الحائز ، وهذا في محض حق الآدمي ، وأما الوقف فتسمع فيه البينة ولو طال الزمن [3] .

وتحديد الحيازة في العقار بالعشر سنين في المدونة ، وقال ابن رشد [4] وهو

---

(1) القاتل لا يرث المقتول ، تطبيقًا للأصل الشرعي القائل : « من استعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 167 .

(2) يقول الدردير : « وإن حاز أجنبي غير شريك في الشيء المحوز عقارًا وتصرف فيه بهدم أو بناء ونحو ذلك ، ثم ادعى على الحائز حاضر ساكت بلا مانع له من التكلم عشر سنين لم تسمع دعواه ولا بينته التي أقامها على دعواه واستحقه الحائز » . الشرح الصغير جـ 4 ص 67 ، 68 ، 69 .

(3) الهدف هو العمل على حماية الوقف من التعدي عليه ، بكونه أكثر تعرضًا لذلك من الأموال المملوكة ملكية خاصة .

(4) هو الحفيد العلامة فيلسوف الوقت ، أبو الوليد محمد بن أبي القاسم أحمد ابن شيخ المالكية أبي الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي .

كان مولده قبل موت جده بشهر سنة عشرين وخمسمائة .

عرض « الموطأ » على أبيه . قال شيخ الشيوخ ابن حمويه : لما دخلت البلاد سألت عن ابن رشد ، فقيل : إنه مهجور في بيته من الخليفة يعقوب ومات محبوسًا بداره بمراكش في أواخر سنة أربع وتسعين وخمسمائة . =

المشهور في المذهب ولابن القاسم [1] في الموازية ما قارب العشر كتسع وثمان وقال مالك : يحد باجتهاد الحاكم .. اهـ .

وظاهر هذا عدم التفرقة بين الميراث وغيره في العقار متى كان الحائز أجنبيًّا . وحُكْمُ الشريك الأجنبي كذلك إن هدم أو بنى أو قطع الشجر مثلًا يعني فَعَلَ كثيرًا .

فشريك المتوفى شريك للورثة ، ووضع يده مدة عشر سنين مع فعل كثير يمنع سماع دعوى الميراث والبينة عليها .

وحكم القريب ونحوه كالموالي والأصهار شريكًا أو غير شريك ما زاد على أربعين سنة في العقار .

ومعنى هذا أن حيازة الوارث لمدة أربعين سنة نصيبَ أقاربه الوارثين معه تُسْقِطُ حق الوراثة ، بمعنى أنه لا تسمع الدعوى ولا البينة عليها .

وحكم الأب وابنه أنه لا حيازة بينهما إلا بعد الستين عامًا ، كل هذا في العقار . وحكم المنقول أنه في القريب لابد من الزيادة على عشر . وفي الأجنبي ما زاد على ثلاث سنين .. إلخ . ما ذكر في الحيازة وهو وضع اليد فارجع إليه إن شئت . ومحل عدم سماع بينة المدعي ما لم يكن الحائز مشهورًا بالعداء والغصب لأموال الناس فإن الحيازة لا تنفعه [2] .

= وقال غيره : مات في صفر ، وقيل : ربيع الأول سنة خمس وتسعين وخمسمائة .

ترجمته :

- الذهبي في « العبر » 287/4 . - الذهبي في « سير أعلام النبلاء » 451/15 .

(1) هو عبد الرحمن بن القاسم عالم الديار المصرية ومفتيها ، أبو عبد الله العتقي مولاهم المصري صاحب مالك الإمام روى عن مالك ، وعبد الرحمن وابن شريح ... وغيرهم .

روى عنه أصبغ ، والحارث بن مسكين .. وغيرهم . وكان ذا مال ودنيا ، فأنفقها في العلم . كان يمتنع من جوائز السلطان ، قال النسائي : ثقة مأمون .

- توفي سنة 191 هـ .

ترجمته :

- الذهبي في الكاشف (160/2) .
- الذهبي في تذكرة الحفاظ (356/1) .
- الذهبي في الأعلام (73/8) .

(2) تقدم أن المادة 968 من القانون المدني المصري قد تناولت الحكم بملكية العقار أو المنقول أو الحق العيني =

وليس معنى عدم سماع دعوى الوارث وعدم قبول بينته بعد هذه المدة أن واضع اليد قد تملك صفة الوراثة ؛ لأن صفة الوراثة مستمدة من القرابة أو المصاهرة ، وإنما منع من الدعوى لعدم قلقلة الهيئة الاجتماعية فتحتم احترام وضع اليد على ما اصطلح عليه الناس لقطع النزاع الذي لو استمر لفتح باب التقاضي إلى ما لا نهاية له .

وأما صفة الوراثة فهي باقية لا تُنتزع من الوارث الحقيقي إطلاقًا ؛ لأنها صفة لصقت به منذ وفاة المورث إلى ما لا نهاية .

بند [29] الإخراج من الوراثة

القانون الفرنسي : الإخراج من الوراثة ، وهي الصفة التي منحها القانون إلى شخص وارث عند قسمة التركة باستبعاد شخص ليس بوارث تنازل له أحد الورثة عن نصيبه في التركة مع دفع ما دفعه من ثمن التنازل وما يتبعه .

وهذا راجع إلى القانون الروماني ، وتعليل ذلك أنه خرق للقانون العام في جواز التصرف في الملك تصرفًا مطلقًا ، ولكن القانون منع ذلك ؛ لأنه يجيز دخول أجنبي في العائلة ليطلع على أسرارها ويوجد نزاعًا وربحًا على حساب الغير ، لذلك منعه القانون بجواز إخراج من حل محل الوارث عند قسمة التركة مع دفع ما دفعه للوارث الأصلي . وهذا التشريع مضر جدًّا بالتصرف الشخصي خصوصًا إذا لم يجد الوارث من يشتري نصيبه من التركة .

شروط استعمال حق الإخراج من الميراث :

يشترط لاستعمال هذا الحق :

أولًا : التنازل عن حق الميراث ، بمعنى أنه يجب أن يكون التنازل نظير عوض ؛ فلو كان التنازل هبة فلا يستعمل هذا الحق . و يجب أن يكون التنازل عن حق

= للحائز الذي استمرت حيازته مدة خمس عشرة سنة بالقيود والضوابط المتعلقة بذلك ، وهو ما تناولته كذلك المادة 1181 من التقنين الأردني ، والمادة 1158/1 من التقنين العراقي والمادة 935 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية . وقد سبقت الإشارة إلى موافقة ذلك لما في الفقه المالكي ؛ ففي كتاب البهجة في شرح التحفة للتسولي 239/2 أن الحائز لا يكلف ببيان وجه ملكه ، وبأي سبب صار له ... وهو معنى قولهم حيازة عشرة أعوام مع علم أصل الملك تقطع حجة المدعي . وهو ما ذكر خليل في قوله : إن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع دعواه ولا بينته . المختصر ص 272 . وهو ما جاء في مواهب الجليل 221/6 . ص 386 ، 388 .

الميراث كله أو بعضه .

ثانيًا : التنازل لغير وارث ، يعني لغير وارث كأجنبي أو قريب غير وارث بالفعل .

استعمال هذا الحق :

يستعمل هذا الحق الورثة الشرعيون ، والطبيعيون ، وغير النظاميين ، والموصى لهم بعنوان عام أو عمومًا .

و يجوز لأي وارث شخصيًا استعمال هذا الحق ويجوز لباقي الورثة مشاركته في النتيجة ، كلٌّ حسب نصيبه قبل استعماله لشخص بعينه .

ويجب لجواز استعمال هذا الحق دفعُ الثمن الذي دفعه المخرج مع فوائده وجميع ما أنفقه لإتمام هذا العمل ، فإن كان هذا الثمن مؤجلًا كله أو بعضه انتفع بذلك الوارث المخرج .

نتائج الإخراج من قسمة التركة :

طبيعة الإخراج هي حلول الوارث مكان هذا الدخيل في التركة فيأخذ عملية التنازل لحسابه . وينتج عن ذلك .

أولًا : يعتبر الوارث الذي حل محل الأجنبي أنه تلقى حقه من يوم التنازل من الوارث المتنازل لهذا الأجنبي ؛ فكل حق عيني رتبه هذا الأجنبي يعتبر لاغيًا ؛ لأنه مرتب في غير ما يملك .

ثانيًا : يحتفظ الوارث المتنازل بحقه في دفع ثمن التنازل قبل الأجنبي الذي تنازل له ، وليس له قبل الوارث الذي حل محل الأجنبي أي دعوى مباشرة .

بند [30] الإخراج من الوراثة

التشريع الإسلامي : الإخراج من التركة على وجهين [1] :

الأول : إخراج اتفاقي : وهو أن يتفق الورثة أو بعضهم على الحلول محل وارث نظير عوض ، و يسمى في العرف الشرعي تخارُج ، ويكون ذلك قبل القسمة . فإن كان بعد القسمة فهو بيع ولا شأن لنا به الآن ، ومتى تم التخارج اعتبر نصيب المتخارج له مع نصيبه في التركة قسم واحد ؛ فمن ترك أخوين شقيقين وزوجتين ،

(1) راجع مثلًا الشرح الصغير جـ 4 ص 237 وبداية المجتهد جـ 2 ص 340 وما بعدها . الكافي لابن عبد البر ص 570 .

وتخارجت إحدى الزوجتين لأحد الأخوين أخذت الزوجة الباقية نصف الربع وهو $\frac{1}{8}$ وأخذ الأخ المتخارج له نصف الثلاثة أرباع التركة $\frac{3}{8}$ زائدا نصف ربع الزوجة وهو $\frac{1}{8}$ وجملته $\frac{4}{8}$ أعنى نصف التركة ، وللأخ الثاني $\frac{3}{8}$ التركة .

ثانيًا : أخذ نصيب الوارث الذي باعه لغير وارث معه ممن اشتراه قضاء بطريق الشفعة إن كان عقارًا أو منقولًا ملحقًا بالعقار أو غير قابل للقسمة .

فمثلًا مات وترك ثلاثة أبناء ، وترك لهم 15 فدانًا فباع أحد الورثة الثلاثة نصيبه لغير واحد من إخوته يعني من أجنبي ؛ فلأخويه كل حسب نصيبه أو لأحدهما إن امتنع الآخر أخذ نصيب هذا البائع من المشتري قهرًا عنه بعد دفع الثمن الذي اشترى به وما يتبعه من أجر كاتب وقَيَّاس وأجرة سجل .. إلخ .

والأصل في ذلك حرية المالك في التصرف فيما ملك كما يشاء بشرط عدم الإضرار بالغير ، فيجوز للوارث التصرف فيما ورث بيعًا ورهنًا وهبة .. إلخ ، بشرط أن لا يلحق شركاءه من ذلك ضرر ، وإلا فيجبر المشتري من الوارث على التخلي عما اشتراه لمن طلب حق الشفعة من الورثة بالثمن الذي اشترى به .

والشفعة إنما تكون في العقار وما لحق به من المنقول ، وفي المنقول الذي لا ينقسم ؛ لأن ضرر المشاركة من الأجنبي أشد . وأما في المنقول الخالص فلا شفعة فيه ؛ لأنه يمكن التخلص من الشرك بلا عناء .

ولكن إذا نظرنا لناحية أخرى من هذا البيع لوجدناه ممنوعًا ؛ لأنه بيع ما فيه نزاع ، وبيع ما فيه نزاع فاسد . وإذا تم ورفع الأمر للقاضي حكم بفسخه . وحينئذ يلزم القاضي من تضرر من هذا البيع من الورثة بالمشتري بدلًا عن هذا الأجنبي ، فتأتي المسألة كالتشريع الوضعي . و الأصل في ذلك أن المشرع الإسلامي يعمل على حصر النزاع وعدم الاستطالة فيه حتى إنه منع قطعًا بيع ما فيه نزاع ويؤدب فاعله ؛ لأنه يسعى في قلة راحة الناس وعدم طمأنينتهم ، وفي إحلال الشقاق محل الوفاق ، ومذهب الإمام مالك رضي اللّه عنه مبني على سد الذرائع ومنع ما يضر بالناس في أمورهم الخاصة وأمورهم العامة ، تطبيقًا لقول الرسول الأعظم ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » [1] .

وشرط استعمال حق الشفعة من الوارث أو من غيره أن يكون الوارث تصرف

(1) أخرجه ابن ماجه في السنن حديث رقم 2340 ، 2341 ، أحمد في « المسند » 313/1 والبيهقي في « السنن الكبرى » 69/6 ، 70 .

في بعض أو كل نصيبه بعوض أو بغير عوض ؛ لأن الضرر الذي أراد المشرع إبعاده عن الورثة مثلًا من عدم تمكين شخص أجنبي بالدخول في التركة يحصل في التصرف بعوض كالبيع ، وفي التصرف بغير عوض كالهبة أو الوقف .

فقد نص الفقهاء على أنه إن اشترى شقصًا [1] فيه الشفعة ، وشفيعه غائب فتصدق به أو بنى به مسجدًا ؛ فللشفيع نقض ذلك وأخذه بالشفعة ، ويدفع قيمة الشقص الموهوب للموهوب له يوم الصفقة لا يوم الشفعة .

ويشترط أن يكون تصرف الوارث قد حصل لشخص غير وارث بالفعل وإلا فلا ضرر ؛ لأن المتصرف له وارث ، فلا ضرر .

استعمال هذا الحق :

الذي له استعمال هذا الحق الشركاء من ورثة أوغيرهم كالموصى لهم مثلًا .

واستعمال هذا الحق مرتب كالآتي :

أولًا : ورثةٌ مع شريك المورث : زيد شريك لعمر في منزل ، فمات عمر وترك ثلاثة أولاد ، فباع أحد الأولاد الثلاثة نصيبه لإبراهيم ، فلا حق لشريك المورث في الشفعة أولًا بل هي لأخوي البائع كل حسب نصيبه في تركة أبيهم ، فإن تنازل أحدهم أخذ الثاني نصيب البائع بالشفعة . فإن تركا حقهما أخذه شريك المورث بالشفعة .

ثانيًا : الورثة بعضهم مع بعض :

يقدم في حق الشفعة الشريك في السهم . يعني إن كان في الشركاء من له شرك أخص من غيره ممن له شرك أعم ، وذلك كأهل المورث الواحد يتشافعون بينهم دون الشركاء الأجانب . ثم أهل السهم الواحد أولى من بقية أهل الميراث ، فكل صاحب شرك أخص فهو أشفع إلا أن يترك فيشفع صاحب الشرك الذي يليه أعني الذي هو أعم منه ، فإن ترك الآخر شفع من هو أبعد منه .

فلو ترك دارًا بينه وبين رجل ورثته عصبته فباع أحدهم حصته قبل القسمة

---

(1) الشِّقْص والشَّقيص : الطائفة من الشيء ، والقطعة من الأرض ، تقول : أعطاه شقصًا من ماله . قال الشافعي في باب الشفعة : فإن اشترى شقصًا من ذلك ، أراد بالشقص نصيبًا معلومًا غير مفروزٍ . (لسان العرب مادة شقص ص 2299 ، 2300) .

فبقيتهم أحق بالشفعة من الشريك الأجنبي ؛ لأنهم أهل مورث . فإن تركوا فللشريك الأخذ .

وإن ترك أختًا شقيقة وأختين لأب فباعت إحدى الأختين لأب نصيبها فالشفعة بين الشقيقة والتي للأب ، وإن باعت الشقيقة فاللواتي للأب أحق من العصبة .

وإذا ورثت الجدتان السدس فباعت إحداهما فالشفعة لصاحبتها دون ورثة الميت ؛ لأنهما أهل سهم واحد .

ثالثًا : الموصى لهم مع الورثة :

الموصى لهم أحق من الورثة في الشفعة فيما بينهم ؛ فمن أوصى لقوم بثلث حائطه (بستانه) أو سهم معلوم فباع بعضهم فشركاؤه أحق بالشفعة فيما باع من بقية الورثة . وقال ابن القاسم : للورثة الدخول معهم كالعصبة مع أهل السهام .

وملك الشفيع أو الوارث بحكم أو بدفع ثمن أو إشهاد .

ولكي يتم حق الوارث في أخذ الجزء المباع يجب عليه دفع الثمن الذي دفعه المشتري ، وأجرة كاتب ومساح ، ونقل تكليف مما تكلفه .

فإن أدى المبتاع أزيد من المتعارف بين الناس لم يلزم الشفيع سوى المعهود ، ويكون الدفع كما دفع المبتاع من حلول الثمن أو تأجيله : مثله إن كان مثليًا وقيمته إن كان قيميًا يوم الصفقة لا يوم القيام بالطلب بلا فوائد .

قال ابن القاسم وأشهب : فإن قَدِم الغائب وقد أخذ الحاضرُ الجميعَ دخلوا معه بقدر سهامهم . وإن أبى بعضهم الأخذ فللآخرين الشفعة بقدر حصتهم من حصص من أخذ ، لا بقدر حصصهم من حصص جميع الشركاء .

وقد أجمع مالك وأصحابه على أن عهدة الشفيع على المشتري . فإن تداولته أيد كثيرة أخذ الوارث الشفيع بأي بيع أراد ، وعهدته على من أخذ منه وعلى من بعده وللمأخوذ منه غلته .

وهذه نبذ مقتطفة من باب الشفعة من كتب المذهب ، وأكثرها فروعًا هو كتاب الحطاب المطبوع بمصر على ذمة سلطان مراكش مولاي عبد الحفيظ ، فمن أراد زيادة فليرجع إليه .

وبعد نقل ما تقدم من النصوص رأيت النص الآتي (قال ابن عرفة : قد نقل غير واحد الاتفاق على نفي الشفعة في الميراث) ، ويجوز أن معناه أنه لا شفعة في الميراث بين شريك المورث وورثته ؛ لأن نقل الحق من ملكية المورث إلى ورثته ليس جديدا على الشريك ؛ لأن ورثته مثله ؛ لأن جميع النصوص السابقة قد ورد التمثيل فيها بالوارث فليس معناه أنه لا شفعة بين الورثة إذا باع أحدهم لأجنبي قطعًا .

طبيعة الشفعة :

تمليك المشتري من الوارث أو الشريك مشروطا ضمنًا بشرط تنازل صاحب حق الشفعة عن حقه .

فتصرفات المشتري من الوارث موقوفة ؛ لأنها على ملك مشروط بشرط وهو تنازل صاحب حق الشفعة ، فلو تنازل صحت تصرفات المشتري . ولو استعمل حقه بطلت جميع التصرفات السابقة من المشتري . فيعتبر الشفيع من الورثة أو من الشركاء كأنه تلقى حقه من نفس الوارث أو الشريك ، لا من المشتري في التصرفات العينية . بمعنى أن تصرفات هذا المشتري قد صادفت ملك الغير فهي موقوفة وباطلة إن لم يجزها الشفيع . ولكن عهدة البيع من عين أو استحقاق يرجع بها الشفيع على من رجع عليه لا على الوارث البائع الأول ولا على الشريك البائع الأول ، والمرجوع عليه يرجع بدوره على من قَبْله حتى تصل للوارث .

ولا علاقة بين الوارث البائع ولا الشفيع الوارث ؛ لأن الثمن المتفق عليه بين الوارث البائع وبين المشتري المشفوع منه هو بينهما فقط ، وتسقط الشفعة إن قاسم المشتري أو باع حصته منه ، أو سكت شهرين إن حضر العقد وإلا ففي تمام السنة [1] .

بند [31] العلاقات بين الورثة

القانون الفرنسي : متى تعدد الورثة المستحقون للوراثة وجد بينهم عدة مسائل يلزم بحثها كاستحضار هبة المتوفى لأحد الورثة حال الحياة ، أو كالوصية ، أو

---

(1) يقول الدردير : « الشفعة استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة فللشريك أو وكيله جبرًا ولو ذميًا » . الشرح الصغير جـ 3 ص 254 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 256 .

الدين ، أو قسمة التركة .

أولاً : استحضار الهبات بين الأحياء : استحضار الهبات بين الأحياء هو جمع الأعيان التي وهبها المتوفى في حال حياته إلى أحد الورثة ، وضمها إلى جملة التركة متى أراد قسمة التركة مع بقية الورثة الآخرين . ويرجع هذا التشريع إلى القانون الروماني وإلى العوائد . ويبنى هذا التشريع على الاعتبارات الآتية :

1 - لو أجزنا للموهوب له الوارث الاحتفاظ بالهبة بعد وفاة الواهب لجاز له أن يأخذ نصيبه في التركة كبقية الورثة مع الاحتفاظ بما وهب إليه فيكون متمايزًا عنهم فلا توجد مساواة ، وهو ما لا يقره القانون . فالمحافظة على المساواة بين الورثة توجب استرجاع الهبة لمجموع التركة وقسمتها كتركة .

2 - إن المورث حينما أعطى الوارث مفروض فيه أنه أعطاه حق التمتع فقط لا حق التمليك النهائي ، ولذلك يسمى تعجيل الميراث فهذا تنفيذ لإرادة المتوفى المقدرة هكذا .

الهبات التي تخضع إلى الاستحضار والضم لمجموع التركة :

القاعدة العامة أن كل هبة مباشرة أو غير مباشرة من المتوفى إلى أحد ورثته تكون خاضعة إلى الاستحضار .

والهبة المباشرة : هي ما تمت بإشهاد قانوني كانت نتيجته المباشرة تحقيق الهبة للموهوب له ، وهو يشمل الهبة أمام مسجل العقود .

الهبة التي تمت في عقد ترتيب أموال الزوجين :

ترتيب المهر حسب المادة 1573 هبة جزائية بلا مقابل . هبة من يد ليد (مناولة) .

والهبات غير المباشرة : هي ما كانت نتيجة لإشهاد قانوني غير إشهاد الهبة ، أو كان نتيجة لعقد بمقابل محدود ظاهر ويستعمل في :

1 - تنازل المتوفى عن دينه قبل الوارث في غير إفلاس الوارث (كونكردا) .

2 - دفع دين الوارث بمعرفة المتوفى .

3 - المبلغ الذي اشترى به محلاً تجاريًا أو صناعيًا ، أو أوجد به محلَّ عمل للوارث .

4 - تنازل المتوفى لصالح الوارث عن ميراث أو وصية أو شركة أموال الزوجية .

5 - الفوائد التي عادت على الوارث المشتري من المورث بأقل من قيمته الحقيقية قاصدًا انتفاع الوارث بفرق الثمن .

المعافاة من رد الموهوب عند قسمة التركة :

معافاة الوارث من رد ما وُهِبَ إليه من المتوفى ترجع إلى سببين : القانون ، وإرادة المتوفى . فالمعافاة من رد الموهوب بنص القانون ما يأتي :

1 - مصاريف الأكل ، ومصاريف التعليم ، والمصاريف العادية لتجهيز الأولاد مدة التعليم ، وهدايا الزواج وما جرى العرف ببذله للأولاد .

2 - فوائد وثمار الأملاك المهداة لا ترد إلا من يوم استحقاق الميراث .

3 - الهبة التي أُعطيت للوارث الذي هو من أولاد المتوفى ، واحتفظ الواهب بثمارها أو رتب عليها معاشًا مدة الحياة .

4 - الفوائد الناتجة من عقد بين الوارث والمتوفى نظير عوض بنوع أنها لم تحدث عن نفس العقد ، ولكنها حدثت في ظروف لاحقة .

5 - فقد العين الموهوبة بقوة قاهرة تعفي من الرد .

والمعافاة من رد الموهوب بإرادة المتوفى : فيمكن للواهب المتوفى أن يعفي الموهوب له من رد الهبة عند القسمة بعد الوفاة ، وذلك بإظهار إرادته صريحًا ؛ لأن الرد مبني على افتراض أنه إرادة المتوفى .

والمعافاة من الرد يجب أن تكون في شكل إشهاد الهبة أو الوصية ، ويجوز أن تكون في نفس إشهاد الهبة أو الوصية أو في إشهاد منفصل عنهما .

من يجب لهم وعليهم الرد :

أولًا : من يجب عليهم الرد : يجب أن يجتمع شرطان فيمن يجب عليهم الرد :

1 - يجب أن يكون وارثًا شرعيًا ، أو غير نظامي من الأصول أو الفروع أو الحواشي ، قابلًا للميراث بدون قيد أو بشرط الحصر . والمعتبر كونه وارثًا وقت استحقاق التركة لا وقت الهبة . الوارث الذي رفض قبول الميراث لا يجب عليه رد

ما وهب له من المتوفى ولو كانت الهبة بعنوان تعجيل الميراث ؛ لأن الوارث المتنازل عن الميراث يعتبره القانون كأنه لم يكن وارثًا يومًا ما في الماضي .

2 - يجب كونه موهوبًا له من المتوفى مورثه ، فلا يجب الرد إلا لتركة المورث الواهب ؛ فإذا وهب شخصان شيئًا واحدًا في عمل واحد وجب على الموهوب له رد نصف الهبة المذكورة للتركة التي دعي للميراث منها فقط .

ومن وهب إلى زوجةِ أو ولدِ وارثه شيئًا ثم مات فلا يلزمِ الوارث رد هذه الهبة ؛ لأنه ليس موهوبًا له مباشرة .

فإن أعطى المورث إلى أب الوارث فإن استحق ولد الوارث الميراث بنفسه فلا يجب عليه رد ما وهبه المورث لأبيه . وإن استحق الميراث بتمثيله لأبيه الموهوب له وجب عليه الرد . فإن وهب المورث لولد الولد ، ثم مات الولد ، وترك أولاده الموهوب لهم مع أعمامهم إخوة أبيهم فعليهم الرد ؛ لأنهم وارثون موهوب لهم .

ثانيا : من يجب لهم الرد : لا يجب الرد إلا للورثة فقط فلا يجب ولا ينتفع به دائنو التركة ولا الموصى لهم . ويشمل الورثة الشرعيين وغير النظاميين فيفرض القانون تعدد الورثة في مسألة الرد ؛ فلو أن الوارث واحد لما وجب الرد .

وليس لدائني التركة الحجز على أعيان الهبة المردودة من الوارث للتركة في حالة عدم كفاية التركة المشروط فيها الحصر؛ لأن الهبة المردودة لم تدخل في ضمان ديون التركة ؛ لأنها كانت في أملاك الوارث الموهوب له ، فإن كان قبول الوارث للتركة بدون شرط أو قيد جاز لدائني التركة حجز الهبة المردودة ؛ لأن الوارث أصبح مدينًا شخصيًا بدين المورث ، فكل ما يملك أصبح ضامنًا لدين التركة ؛ فيجوز لدائني التركة حينئذ طلب رد الهبة بل وادعاء دعوة (أُبليك) .

وليس للموصى لهم - أيًا كانت نوع وصيتهم - طلب الرد ولا تنفيذ الوصية فيه؛ لأن الوصية تنفذ من التركة المخلفة وقت الوفاة ولم تكن الهبة منها . ولو صح هذا لفتح بابًا للواهب يصح الرجوع في هبته التي وهبها حال حياته ، وهي لا يصح الرجوع فيها .

كيفية الرد :

يختلف الرد حسب طبيعة الهبة من منقول أو عقار :

أولًا : رد العقار يجب أن يرد العقار بطبيعته بمعنى أن العقار الموهوب يوضع بجوار أعيان التركة المخلفة عن المتوفى فيصير جملة . واحدة . وحق الملكية التي اكتسبها الموهوب له على العقار الموهوب من يوم الهبة تلغى ، ويرجع إلغاؤها للماضي .

وينتج عن هذا أن الحقوق العينية التي رتبها الموهوب له على هذه العين الموهوبة كحق الارتفاق ، أو الرهن .. إلخ ، تلغى ، فإن وقع العقار المذكور في حصة الوارث الموهوب له المذكور ثبتت الحقوق المذكورة عليها وتأكدت . ولذلك أباح القانون لأصحاب الحقوق العينية المذكورة التدخل في القسمة خوفًا من الغش الذي ربما يحصل بين الورثة بجعل العقار المذكور في حصة أخرى غير حصة الموهوب له .

وتتحمل التركة النفقة الضرورية التي أنفقها الوارث الموهوب له كلها ، وما زاد في قيمة العقار من المصاريف النافعة . وللوارث الموهوب له حق حجز العقار تحت يده ، حتى يستلم ما أنفقه مما ذكر .

فإن فقدت الهبة أو تلفت كلها فلا رد عليه ما دام ذلك خارجًا عن طاقته ، ولم يكن بسببه . فإن تسبب أو أهمل أو هدمها فهو ضامن . أما الثمار فهي له ليوم استحقاق الميراث .

ويستثنى من إرجاع العقار بطبيعته أنه في بعض الأحوال لا يرد العقار بطبيعته [1] ، وإنما يحسب ثمنه ضمن التركة ، ويخصم من نصيب هذا الوارث الموهوب له ، ويجوز أن يكون هذا الاحتساب اختياريًا أو إجباريًا .

1 - احتساب العقار اختياريًا : يكون متى أجاز المورث المعطي لوارثه الموهوب له ذلك صراحة . ويكون متى كان في التركة عقار مماثل للموهوب في الصفة والقيمة وكان يمكن قسمة التركة تقريبًا معادلة بين الورثة .

ففي الحالتين المذكورتين لا يجبر الوارث الموهوب له على إحضار العقار بطبيعته فهو يفعل ما يراه مصلحة له .

2 - احتساب العقار إجباريًا : يكون ذلك متى تسبب الوارث الموهوب له في هلاك أو تلف العين الموهوبة . ويكون متى ملك العين الموهوبة للغير . وإن كان الأخير يتعارض مع القاعدة المعروفة من أن ترتيب الحقوق العينية على العقار الموهوب تلغى بمجرد احتسابها في أعيان التركة . لكنه يقال : إن تمليك العين

---

(1) يقصد لا يرده بعينه .

الموهوبة صحيح ، ولكن ترتيب الحق العيني عليها غير صحيح إلا إذا كانت في نصيب من رتب تلك الحقوق .

وتقدير قيمة العقار تكون وقت استحقاق الميراث لا وقت الهبة ولا وقت بيعها .

ثانيًا : رد المنقول دائمًا تحسب قيمة المنقول ، ولا يرد بطبيعته ، وتحسب من نصيب الوارث الموهوب له حسب قيمته وقت الهبة إن عمل بها قائمة تقدير ثمن ، وإلا فيعين خبير للتثمين . وهذه القاعدة تطبق على كل المنقول أيًا كان نوعه . فإن تلف المنقول لأي سبب فعلى الموهوب له القيمة ؛ لأن التزام الرد فيها كان بمبلغ من المال لا بذاتها مثل العقار .

ويجب رد المنقول بطبيعته متى شرط المورث الواهب ذلك - وتأمين المورث على حياة أحد ورثته يعتبر هبة ويجب رده . ولكن بحسب ما دفعه المورث من الأقساط لا ما يجب دفعه من الشركة للمؤمن له ؛ لأن الذي خرج من مال المورث هي الأقساط المدفوعة للشركة [1] .

بند [32] العلاقات بين الورثة

التشريع الإسلامي : إن هبة المورث لأحد الورثة تعتبر حقًا مملوكًا للموهوب له عقارًا أو منقولًا متى تمت الهبة حال حياة المورث [2] ولم يشترط المورث على الموهوب له أن ينتفع فقط ، وحازها الموهوب له أو حيزت له قبل الوفاة . فليس على الوارث إرجاع الهبة إلى التركة بعد الوفاة لتقسم مع التركة ، متى تمت الهبة ووقعت صحيحة بالشروط الآتية :

أولًا : أن يكون الواهب عاقلًا مكلفًا ، غير محجور عليه ، لم يحط الدين بماله وليس سكرانًا ، وليس مريضًا [3] ولا زوجة فيما زاد على الثلث [4] .

---

(1) انظر البنود من 943 إلى 896 في الفصل الثاني ، من الباب السادس ، في الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 188 : 193 .

(2) قاعدة : هبة المورث لأحد الورثة تعتبر حقًا مملوكًا للموهوب له عقارًا أو منقولًا متى تمت الهبة حال حياة المورث .

(3) أما الواهب ، فإنهم اتفقوا على أنه تجوز هبته إذا كان مالكًا للموهوب صحيح الملك ، وذلك إذا كان في حال الصحة ، وحال إطلاق اليد . بداية المجتهد (485/2) وقد جاءت المادة 916 مدني مصري والمادة 995 مشروع المدني المصري طبقًا للشريعة الإسلامية أن تبرعات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية أيًا كانت التسمية التي اتخذتها هذه التبرعات . وهو ما جاء في المادة 942 مدني كويتي والمادة 1109 عراقي والمادة 1128 أردني ويتفق هذا . ويتفق هذا مع ما جاء في الفقه الإسلامي . راجع المواد 393 - 395 ، والمواد 1095 - 1605 من المجلة العدلية .

(4) يقول ابن عبد البر : تصح الهبة عند مالك وأصحابه من كل بالغ غير محجور عليه ولا مريض مثبت العلة لكل من استوهبه أو قبل منه الهبة » . الكافي ص 528 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 339 .

فهبة الصبي والمجنون والسفيه باطلة [1] قطعًا [2] ، فتعود للتركة بعد وفاته ، وتقسم على كل الورثة إن لم تكن التركة مدينة ، فإن كانت مدينة سد الدين من ثمنها حيث لا تركة إلا بعد سداد الدين [3] ، وكذا هبة السكران .

وهبة المريض وهبة الزوجة فيما زاد على الثلث صحيحة موقوفة على إجازة وارث المريض ، وعلى إذن الزوج فيما زاد على الثلث ، وأما في الثلث فأقل فهي صحيحة نافذة لا ترجع للتركة متى حازها الموهوب إليه . فإن أجازاها صحت ولا تعود للتركة بعد الوفاة ، وإن لم يجيزاها بطلت الهبة ، وكان الموهوب من التركة يقسم معها على الورثة .

فإن أحاط الدين بمال الواهب قبل أن يحوز الموهوب له الهبة ، ولم يجزها الدائنون بطلت الهبة وعادت إلى التركة تقسم معها [4] .

ومعنى عادت الهبة تركة وقسمت معها على الورثة أن الشيء الموهوب لم يخرج عن ملك الواهب ، فيجوز استرجاعه لملكه في أي وقت حال الحياة وبعد الموت .

ثانيًا : أن يحوز الموهوب له أو من يقوم مقامه عند عدم أهليته الشيء الموهوب قبل حصول مانع من الحوز ، كإحاطة دين بالواهب أو جنون أو مرض اتصلا بموت الواهب ، أو موت الموهوب له قبل الحوز [5] .

فإن حصل مانع من الحوز فالهبة من التركة لم تخرج عن ملك الواهب فتقسم مع التركة . ويصح إرجاعها لمال الواهب حال حياته أيضًا . ومتى استوفت الهبة شروطها ووقعت صحيحة فقد ملكها الموهوب له ملكا ناجزًا لا شبهة فيه ؛ فلو

---

(1) قاعدة : هبة الصبي والمجنون والسفيه باطلة قطعًا .

(2) أما السفهاء ، والمفلسون فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم أن هبتهم غير نافذة . بداية المجتهد (486/2) .

(3) قاعدة : لا تركة إلا بعد سداد الدين .

(4) يقول ابن عبد البر : « لا تتم الهبة إلا بقبض المعطى له إياها قبل موت واهبها ، وقد روى مالك أنه إذا شهد على نفسه بالهبة ومات حكم للموهوب له بها ، كما أنه لو مات الموهوب له بعد أن أشهد الواهب على نفسه حكم لورثة الموهوب له بها » . الكافي لابن عبد البر ص 528 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 339 ، 340 .

(5) وبطلت الهبة بحصول مانع قبل الحوز من واهبها كإحاطة دين بالواهب ، أو جنون أو مرض اتصلا بموت الواهب ، أو موت الموهوب له قبل الحوز . الشرح الصغير (340/3) .

مات الواهب فلا تعود الهبة للتركة ، ولا تقسم معها ولو كان الموهوب له وارثًا .

ويجوز للموهوب له الوراث أن يأخذ نصيبه من التركة مع الاحتفاظ بالهبة . ولا يقال انعدمت المساواة بين الورثة ؛ لأن الميراث لا يكون إلا بعد الوفاة فتوجد التركة . وأما قبل الوفاة فلكل مالك الحق في أن يتصرف فيما يملك كما يشاء ، بشرط مراعاة التشريع الموضوع لمثل هذا .

وليس بصحيح أن نفرض في هبة المورث لأحد ورثته أنها للمنفعة ؛ لأنه لو أراد الواهب ذلك لنص عليها . فعدم النص على هذه النية دليل على أنه أراد تمليك العين الموهوبة لا تمليك منفعتها . والواهب يعلم أحكام التشريع الإسلامي في أن الهبة تملك بالقبض ، ولا ترد للتركة بعد الوفاة [1] فكان طبيعيًّا أن ينص على تمليك المنفعة إذا أراد . وذلك كالعمرى وهي إمتاع شخص عينًا ينتفع بها مدة الحياة ، ثم تعود لورثة المالك الواهب للمنفعة (الممتع) بعد وفاة المعمِّر أو بعد وفاة المعمَّر ؛ فهذه ترجع للورثة وتقسم كالتركة بلا نزاع .

وعلى هذا فالتشريع الإسلامي قطع في ذلك بحفظ النظم ، وأَخَذَ المكلف بأقواله وأعماله ووجوب تنفيذ الشروط في الهبة إن كانت موجودة [2] .

ومن غريب ما رأيت في هذا الباب في فتاوى مولانا الكبير الشيخ عليش ما نصه (رجل توفي عن ثمانية أبناء وبنت وثلاث زوجات ، وقد حلى إحداهن حليًّا كثيرة فهل يقسم الحلي على الجميع ولا يختص به حائزه ؟ أفيدوا الجواب . فأجاب بما نصه :

نعم يقسم الحلي كباقي التركة على الجميع ، ولا تختص به المحلاة به ؛ لأن تحلية الزوج زوجته محمولة على الإمتاع والانتفاع لا على التمليك كما في الخرشي وحاشيته ومجموع الأمير ؛ فالحلي المذكور باق على ملك الزوج إلى موته فهو من

---

(1) قاعدة : الهبة تملك بالقبض ولا ترد للتركة بعد الوفاة .

(2) تقدمت الإشارة إلى مذهب المالكية في انعقاد الهبة صحيحة لازمة للواهب ناقلة للملك بمجرد العقد ، ويجبر الواهب على تسليم الشيء الموهوب ، وهو ما جاء في المادة 530 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ومذكرتها الإيضاحية . وهذا هو ما اتجهت إليه القوانين المدنية العربية الحديثة ، فيما يظهر مما أخذت به المادة 493 مدني مصري والمادة 465 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والفقرة الأولى من المادة 535 كويتي .

تركته يقسم على الجميع كغيره ... إلخ) اهـ [1] .

وهذه مبناها العرف والعادة هل تحلية الزوج لإحدى زوجاته بمصاغ يعتبر من قبيل الإمتاع ، ويبقى المصاغ على ملك الزوج ، أو يعتبر تمليكا للزوجة المذكورة فلا يدخل في التركة بعد الوفاة .

وقد فهم مشايخنا - رحمهم اللّه - أنه من قبيل الإمتاع ، وكان عرفهم جرى بذلك ، فالحكم على هذا صحيح .

ولكن نحن الآن في محرم سنة 1364 هـ ويناير سنة 1945 وقد تغير العرف كلية وأصبح المصاغ الذي تتحلى به الزوجة ملكًا لها ولو اشتراه الزوج من ماله الخاص . اللّهم إلا إذا أخذ على زوجته المحلاة صكًا بذلك ، وأودعه أوراقه فوجده ورثته بعده ، فيكون قطعًا من التركة ، حيث نص في الصك على أن المصاغ ملك للزوج ، وليس للزوجة إلا حق التمتع .

ولو سلمنا ما ذهب إليه مشايخنا المحترمون الأجلاء في هذه الفتوى فلا تجد امرأة تتحلى بحليٍّ من زوجها على أن يؤخذ منها فيقسم على الورثة وهي منهم ، بل وفي زماننا تحتال المرأة على زوجها بأساليب شتى للحصول على عطاياه وهباته في مناسبات كثيرة كعيد ميلادها وذكرى زواجها مثلًا خصوصًا متى كان زوجها يحبها دون الآخرين [أي من الورثة] .

ومن المقطوع به أن الزوج لا يقصد إطلاقًا أن تكون هذه العطايا والهبات عندها أمانة لما بعد وفاته فتجرد منها وإلا كان أشبه بالمجانين .

فالآن يكون الحكم في هذه الفتوى أن صاحبة المصاغ تختص به دون بقية الورثة ؛ لأنها هبة قبضتها قبل الوفاة وتأخذ نصيبها في التركة أيضًا مع هذا . وقد عثرت على فتوى للشيخ عليش أيضًا يؤيد هذا الرأي . وهي بعد السؤال قال : كل من أعطاه الأب من ماله شيئًا وحازه في صحته من الأولاد الباقين فإنه يختص به ويقاسم إخوانه تركة أبيهم . وأما ما أعطاه لأحدهم في مرض موته أو باعه له بمحاباة فيه أو في صحته وحازه في مرضه فوصية لوارث باطلة إلا إذا أجازها الورثة [2] .

---

(1) يقول الشيخ عليش : « ما قولكم في رجل توفي عن ثمانية أبناء وبنت وثلاث زوجات وقد حلى إحداهن حليًا كثيرة فهل يقسم الحلي على الجميع ولا تختص به حائزته ؟ وما يخص كلا منهم من التركة ؟ أفيدوا الجواب فأجاب بتقسيم الحلي على الجميع ، « لأن تحلية الزوج زوجته محمولة على الانتفاع لا على التمليك ، كما في الخرشي وحاشيته والمجموع » لكن إذا تغيرت العادة وكانت تحلية الزوج زوجته محمولة على الهبة فإنها تملك حليها ولا تعود إلى التركة . وهو ما أخذ به المؤلف ... فتح العلي المالك جـ 2 ص 375 .

(2) قاعدة الوصية لوارث باطلة إلا إذا أجازها الورثة .

فالهبات التي تخضع للرد هي ما اشترط المورث فيها بقاءها على ملكه وانتفاع الموهوب له بها فقط .

وكل عمل تم من المورث حال حياته وصحته للوارث بدون شرط ولا قيد يعتبر هبة لا رجوع فيها بعد الوفاة ، كتنازله عن دينه قبل الوارث ، أو تسديده دينه بلا شرط رجوع أو بلا استلام وثائق الدين والاحتفاظ بها للرجوع ، أو مشتري محل تجارة أو صناعة وسلمه له تمليكًا لا إدارة مثلًا . فإن سدد المورث دين الوارث وأخذ تحويلًا من الدائن أنه هو الذي سدده وطالب بالدين ثم مات ، أو اشترى محل تجارة أو صناعة وسلمه لولده ، ولم يكتب له أنه هبة فإن ذلك باق على ملك المورث فيخصم الدين المسدد من سهم الوارث المدين ويقسم محل التجارة على الجميع بلا فرق .

وأما مصاريف الأكل والتعليم وتجهيز الأولاد مدة التعليم فهي واجبة للولد على أبيه متى كان الولد فقيرًا فإن كان موسرًا فنفقته من جميع النواحي في ماله ، فإن تبرع أبوه له بشيء من ذلك فلا رجوع لأحد عليه إلا إذا أشهد الوالد أن له الرجوع متى شاء في مال ولده بما أنفق فله ذلك ولورثته من بعده أيضًا ؛ لأن هذا يعتبر من التركة [1] .

جعل المشرع الوضعي رد الهبة للوارث بعد الموت هو المفروض ، وعدم ردها للتركة بعد الوفاة يجب أن يعبر عنه المتوفى في إرادة صريحة .

وجعل المشرع الإسلامي عدم وجوب رد الهبة الصحيحة من الوارث إلى التركة هو المفروض شرعًا وهو الأساس . وجعل الرد للتركة بعد الوفاة متروك لإرادة

---

(1) يقول ابن عبد البر : « لا يجب على الإنسان نفقة على أحد من جهة القرابة إلا الأبناء الصغار الفقراء والأبوين إذا كانا فقيرين لايقدران على الاكتساب ينفق الرجل على الذكر من بنيه حتى يبلغ مبلغ الرجال وينفق على الأنثى حتى يدخل بها زوجها » . الكافي ص 298 ، 299 . وهو مذهب المالكية الذين يرون الاقتصار في وجوب النفقة على الولد ذكرًا أو أنثى لأبيه وأمه الأدنين ، كما تجب على الأب لولده ذكرًا أو أنثى . أما الشافعية فقد ذهبوا إلى وجوب نفقة الفروع على الأصول والأصول على الفروع مطلقًا دون تقيد بدرجة . ولكن ذهب الأحناف إلى وجوب النفقة على كل ذي رحم محرم لذي رحمه . أما القريب غير المحرم فلا تجب نفقته . وقال الحنابلة بوجوب النفقة على الأقارب الوارثين ، لأن الغرم بالغنم . وقد أخذت المادة 200 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي بمذهب الشافعية ، على حين أخذت المادة 159 من قانون الأحوال الشخصية السوري بمذهب الحنابلة ، ونصها : « تجب نفقة كل قريب عاجز عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية على من يرثه من أقاربه الموسرين بحسب حصصهم الإرثية » . ولكن لا يشترط عجز الأب عن الكسب لوجوب نفقته على ولده فيما نصت عليه المادة 158 من القانون المذكور .

الواهب . فإن أراد الرد عبر بإرادة صريحة بأن هذه الهدية هدية إمتاع لانتفاع الوارث فقط ، وترد للتركة بعد الوفاة ؛ وذلك لكي يطمئن الناس في معاملاتهم مع بعضهم البعض على ظواهر الأمور فلا خداع ولا غش .

ووجوب الرد يكون في إشهاد خاص أو في نفس عقد الهبة أو بإشهاد شفوي لمن حضر الهبة .

وليس وجوب الرد قاصرًا على الوارث ، بل يجب الرد على موهوب له لم تصح هبته شرعًا ، أو اشترط الواهب الرد بعد الوفاة .

والعين المردودة تكون تركة ؛ فتسري عليها أحكامها فيسدد الدين منها ، وتخرج الوصية من ثلثها ، ويقسم الباقي على الورثة ولدائني المورث الحق في الحجز عليها لاستيفاء حقهم ؛ لأنها تركة ؛ إذ الهبة المردودة داخلة في ضمان ديون التركة ؛ لأنها معدودة في أملاك المورث لا في أملاك الموهوب له مادامت للانتفاع فقط لا للملك .

وكما للدائنين الحق في طلب الرد إن كانت الهبة مشروطًا فيها الرد . كذلك يجوز للموصى لهم طلب الرد لاستيفاء ديونهم وأخذ وصاياهم من ثلث التركة ، لأنها تركة .

فلو وهب شخص منفعة منزله لآخر ، ثم أوصى بعشرين جنيهًا للفقراء من تركته ، ثم ترك دينًا شخصيًا عليه ثلاثين جنيهًا ، ثم مات فسكت ورثته عن طلب المنزل ممن له حق التمتع به مدة حياة المورث فللدائنين الحق وكذا للموصى لهم في طلب المنزل ، لاستيفاء ديونهم من قيمته ، ولتنفيذ الوصية من ثلثه إن احتمل . فإذا ساوى المنزل 200 جنيه فيأخذ دائنو المورث 30 جنيهًا والباقي 170 جنيهًا ثلثه 56 جنيها وثلثان ، يخرج منها الوصية 20 جنيهًا والباقي $\frac{2}{3}$، 36 جنيهًا يضاف إلى أصل الثمن ويقسم على الورثة .

والرد يكون لعين الهبة متى كانت قائمة وقيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة بالاستعمال إن كانت قيمية أو مثلها إن كانت مثلية ، فإن هلكت أو تلفت بلا تفريط منه فلا ضمان ؛ لأنه أمين إلا إذا تعدى .

وتأمين المورث على حياة أحد ورثته يعتبر هبة ، ولكن لا يجب ردها ؛ لأن قبول الوارث يعتبر حيازة ، والحيازة في الهبة شرط عدم الرد إلا إذا اشترط ردها ، وبذلك قد ملكها هذا الوارث بدون مشاركة أحد له فيها لا في الذي دفعه المورث أقساطًا ، إلا إذا اشترط وجوب رد ما دفع لورثته ، ولا فيما يجب دفعه إليه من

الشركة المؤمن لديها ، مع العلم أن هذا التأمين غير جائز شرعًا [1] .

(1) انقسم الفقهاء في نظرتهم إلى التأمين ؛ ففريق منهم يجيزه . وهؤلاء يختلفون في الأساس الذي تقوم عليه شرعية التأمين . فقائل بأنه يجوز شرعًا إذا كان ينطوي على مضاربة (فتوى الإمام محمد عبده في شأن التأمين على الحياة : مجلة المحاماة 5 – 560 ، 463) . وقائل بجوازه وأنه لا يخالف نظام التعاقد الشرعي وشرائطه العامة ، ويشبهه بعقد الموالاة وضمان خطر الطريق والوعد الملزم ونظام العواقل في الإسلام (مصطفى الزرقا : عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية : مجلة حضارة الإسلام بدمشق سنة 1961) .
وقائل إنه حلال ، حيث لم يرد نص في تحريمه ، والأصل في العقود الإباحة ، وليس فيه شبهة غرر أو قمار ، وإنما هو نظام تعاوني بديع يقوم على توزيع المخاطر وتشتيتها بين أكبر عدد ممكن من الأفراد ، وقد قال رب العالمين : ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ علي الخفيف ، بحث قدم إلى مجمع البحوث الإسلامية المنعقد سنة 1965 ، وبرهام محمد عطا الله : بحث في التأمين وشريعة الإسلام : مجلة إدارة قضايا الحكومة 6 سنة 1962 العدد الثالث ص 78 وما بعددها) . ومنهم من يقيس التأمين من المسئولية على عقد الموالاة (أحمد طه السنوسي في عقد ا لتأمين في التشريع الإسلامي : مجلة الأزهر المجلد 25 سنة 1953 ص 303 – وانظر عيسوي أحمد عيسوي في عقد التأمين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية والقانون (مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يوليه سنة 1962 ص 167 وما بعدها) .
وفريق منهم يحرمه . وهؤلاء يختلفون أيضًا في الأساس الذي يقوم عليه التحريم . فمنهم من يذهب إلى تحريمه لأنه لا يشبه عقدًا من العقود المعروفة في الفقه الإسلامي ، فهو ليس وديعة بأجر ، ولا يعتبر من قبيل ضمان خطر الطريق (ابن عابدين جـ 3 ص 345 – محمد نجيب المطيعي : المشار إليه في مقال عيسوي أحمد عيسوي السابق الإشارة إليه ص 187 و 188) . ومنهم من يحرمه في صور التأمين من الحريق ، على أساس أن ضمان الأموال إما أن يكون بطريق الكفالة ، أو بطريق التعدي أو الاتلاف . فالتأمين من الحريق ليس بكفالة قطعًا ، ولا هو ضمان تعد ، ولا ضمان إتلاف ، وليس بعقد مضاربة ، لأن عقد المضاربة يلزم فيه أن يكون المال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب والربح على ما شرط . وشركة التأمين إنما تأخذ المبالغ التي تأخذها في نظير ضمان ما عساه أن يلحق الملك المؤمن عليه من الضرر ، وتارة هذا الضرر يقع وتارة لا يقع ، فيكون هذا العمل قمارًا معنى ، يحرم الإقدام عليه شرعًا (عبد الرحمن قراعة ، المحاماة 5 – 466 – 394) . ومنهم من يحرمه في صور التأمين على الحياة ، لأنه ليس مضاربة ، وإذا قيل إنه قرض فهذا قرض جر نفعًا وهذا هو الربا ، وهو حرام . وإذا مات المؤمن له بعد دفع قسط واحد مثلًا ، وأدت الشركة مبلغ التأمين كله ، فهذه مقامرة ، وحياة الإنسان وموته لا يجوز أن تكون محلًّا للتجارة (أحمد إبراهيم ، مجلة الشبان المسلمين 13 عدد 3 في 7 نوفمبر سنة 1941) ومنهم من يرى أن التأمين التعاوني والاجتماعي حلال لا شبهة فيه ، أما التأمين غير التعاوني فغير جائز لأن فيه قمارا أو شبهة قمار ، وفيه غرر وربا ولا توجد ضرورة اقتصادية توجبه (محمد أبو زهرة ، مجلة حضارة الإسلام بدمشق سنة 1961 ص 524) . ومنهم من يرى أن جميع أنواع التأمين غير التعاوني حرام لانطوائها على غرر في الحصول وفي المقدار وفي الأجل (حسين حامد ، بحث في حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين) .
وإذا كان عقد التأمين ليس له نظير في الفقه الإسلامي ، فإن ذلك يرجع إلى أن الفقهاء قد تناولوا العقود التي يغلب أن يقع بها التعامل في زمنهم ، فإذا استحدثت عقود أخرى توافرت فيها الشروط المقررة فقهًا كانت عقودًا مشروعة . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 294 ، 295 .

بند [33] رد الوصية

القانون الفرنسي : هو أن يكون الوارث موصىً له ، وقبل الميراث ، فيجب عليه عدم الجمع بين الوراثة والوصية . وهذا الرد يرجع إلى أصل القانون من العوائد التي كان معمولًا بها في الأصول والفروع فقط وجميع ما تقدم من رد الهبة يطبق هنا . فقط لدائني التركة جواز الحجز على الأعيان الموصى بها ، عملًا بأنه لا وصية إلا بعد سداد الدين . والقاعدة المعمول بها في رد الوصية أن الوارث الموصى له لا يجب عليه ردها إلا إذا أعلن ذلك المتوفى صراحة .

إرجاع الدين :

وإرجاع الدين هو إلزام الوارث المدين إلى المتوفى ، أو المدين إلى أحد الورثة بسبب الميراث ، بضم ما عليه من الدين إلى مجموع التركة .

والسبب في هذا أنه يراد حفظ التعادل بين الورثة ما لم تُظْهِر إرادة المورث غير ذلك ، وبيان ذلك يرجع إلى عدة أبحاث :

أولًا : الديون الخاضعة إلى الرد : قد يكون الوارث مدينًا شخصيًا للمتوفى نفسه ، أو مدينًا للورثة الآخرين بسبب الميراث . ولكلٍّ حكمه :

1 - الوارث كان مدينًا للمورث شخصيًا : قبل القانون المدني كان الرد خاصًا بحالة القرض فقط من المورث إلى الوارث ، ولكن القانون المدني سوى في وجوب الرد لأي دين كان نتج عن عقد أو قرض أو تعويض أو شبه تعهد أو خطأ أو قانون ، وهذا في الدين الحالّ بلا نزاع ، أما المؤجل ففيه خلاف . والمعمول به أنه يرد ؛ لأن الوفاة تجعله حالًا .

2 - الوارث كان مدينًا للورثة بسبب التركة : الصحيح أنه لا فرق بين المديونية للمتوفى أو للورثة في وجوب الرد . فيجب الرد في قبض ثمرات أعيان التركة ، لخطأ نتج عن إدارة التركة كان مسئولًا فيه .

ثانيًا : الأشخاص الذين يجب بينهم الرد : يجب الرد بين جميع الورثة والموصى لهم حتى الموهوب له مستقبلًا ؛ لأن الغرض من الرد تحقيق المساواة ، ولا يكون إلا بوجوب الرد بين الجميع ، بخلاف إرجاع الهبة ، فلا تكون إلا بين الورثة دون

الموصى لهم كما سبق ، فإن تنازل المدين عن الميراث بقيت كما كان مع المتوفى في علاقاته ، ويجب عليه الدين ولكن يحتفظ بالأجل ، ولا يجب عليه فوائد بنص القانون ، بل لا بد من الطلب . وليس للموصى لهم ولا لدائني التركة طلب الرد من مديني المتوفى أو الورثة ، ولكن لهم احتساب الدين أو الوصية من التركة ، بضم الدين إلى رأس مال التركة ، وقبض حقهم على هذا الأساس .

وإرجاع الدين يكون باحتسابه من رأس المال ، ثم يخصم من نصيب المدين ، فإن وفى النصيب فبها ، وإلا بقي الوارث مدينًا بما زاد عن نصيبه في التركة بمقدار الباقي من الدين للورثة .

وفوائد المبلغ الواجب الرد توجد بقوة القانون ولو لم يكن مشترطًا فيه الفوائد ، وذلك من يوم استحقاق الميراث .

ولضمان حقوق الورثة في الدَّيْن الواجب الرد منحهم القانون حقَّ الامتياز على نصيب الوارث المدين ، فلا ينازعهم دائنو الوارث الشخصيين ، بل يجب عليهم احتساب رأس ماله ناقصًا الواجب عليه رده [1] .

بند [34] رد الوصية

التشريع الإسلامي : معنى إرجاع الوصية أو رد الوصية من الوارث للتركة أن يكون المورث قد أوصى لوارثه بشيء من التركة وهو غير صحيح ، فإن الوصية لا تكون لوارث فهي باطلة أصالة بطلانًا عامًّا [2] ؛ لأن مال المتوفى بعد وفاته ، ينتقل لورثته فهم أصحاب التصرف في المال . وقد أباح المشرع للمتوفى الوصية بثلث ماله ، لكن لغير الوارث ؛ لأن هذا تفضيل لبعض الورثة عن بعض في مال لا يملكه الموصى بعد وفاته . فقد تكفل التشريع الإسلامي بإعطاء كل ذي حق حقه ، فلا يجوز لأحد أن يرتب ماله بين ورثته بعد الوفاة بطريق الوصية على أن يفضل أحد الورثة عن الباقين أو يخص واحدًا منهم بشيء معين من التركة بطريق الوصية فالكل فيها سواء بعد الوفاة ومتى منعنا الوصية فلا رد ؛ لأنه لا وصية .

فإن أوصى المورث لأحد الورثة فلدائني المتوفى الحجز عليها وبيعها ؛ لأنه لاوصية

(1) انظر : البنود من 843 إلى 869 في الفصل الثاني ، من الباب السادس ، في الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 188 : 193 .

(2) اتفقوا على أن الوصية لا تجوز لوارث لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية لوارث » . بداية المجتهد (495/2) .

مطلقًا إلا بعد سداد الدين ، ولا وصية لوارث ، فيجوز لبقية الورثة طلب بطلان هذه الوصية وقسمتها كالتركة ، ولهم إجازتها فهي عطية مبتدأة منهم للموصى له [1] .

والوصية للوارث باطلة ، ويجب ردها للتركة سواء أعلن المورث ردها أو لم يعلن مالم يجزها الورثة ، فهم أصحاب الشأن فيما يملكون من أعيان التركة التي تشمل الموصى به . وقد أجاز القانون الجديد الوصية للوارث [2] ونفاذها بلا إذن أحد [3] .

إرجاع الدين :

إرجاع الدين للتركة أو احتساب الدين في التركة أمر مفروغ منه ؛ لأن دين

(1) أجمعوا أن الوصية لا تجوز لوارث إذا لم يجزها الورثة ، واختلفوا إذا أجازها الورثة فقال الجمهور : تجوز ، وقال أهل الظاهر ، والمزني : لا تجوز . بداية المجتهد (496/2) .

(2) تناولت المادة 908 من القانون المدني المصري حكم الوصية بقسمة أعيان التركة ، ونصها : « تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي بحيث يعين لكل وراث أو لبعض الورثة قدر نصيبه . فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم كانت الزيادة وصية » .

وهو ما تناولته المادة 1117 من التقنين الأردني .

وهذه المادة (908 مدني مصري) منقولة من المادة 13 من قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 التي تنص على ما يأتي : « تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي ، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، وتكون لازمة بوفاة الموصي . فإن زادت قيمة ماعين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية » . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية في صدد هذه المادة بأنها قد وضعت لتمكين المورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة على وجه المصلحة التي يراها . فيجوز للمورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه في التركة ، وأن يوصي بأن يكون لكل وارث ما عينه له ، ووصيته بذلك صحيحه نافذة (قال بذلك بعض فقهاء الشافعية والحنابلة) . وبناء على ما جاء بالمادة 38 من جواز الوصية للوارث بالثلث دون توقف على إجازة الورثة يجوز للمورث أن يزيد في بعض الأنصباء ما يراه بحيث لا يتجاوز مجموع الزيادة ثلث التركة . فإن كان أكثر من الثلث ولم يجز الورثة الزائد قسم الثلث بين أصحاب الأنصباء المزيدة بنسبة ما زاده لكل منهم ورد الباقي إلى التركة . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 399 وما بعدها . ومن الموضح أن الذين أجازوا الوصية للوارث أرادوا الاستناد للتقليد في نسبة هذا الرأي إلى ما أشاروا إليه بقولهم بعض فقهاء الشافعية والحنابلة . وهذا خطأ علمي فادح ، لأن أحدًا من فقهاء الشافعية والحنابلة والمالكية والأحناف لم يقل بجواز الوصية للوارث على النحو الذي أريد به تصحيح وصية الوارث بقسمة أعيان تركته .

(3) يقول الدردير : « ولزم إجازة الوارث إذا أوصى بزائد عن الثلث أو أجازه بعض الورثة إن أوصى لبعضهم حيث كان أجازه المجيز والموصى بمرض مخوف ، سواء كانت الوصية في الصحة أو المرض بشرط أن الموصي لم يصحّ صحة بعد المرض الذي أجاز فيه الوارث . فإن صح ثم مرض فمات لم يلزم الوارث . فإن صح ثم مرض فمات لم يلزم الوارث إجازته الواقعة منه سابقًا بل له الرد .... » الشرح الصغير جـ 4 ص 188 .

المتوفى على الغير محسوب من التركة ، فإذا مات شخص وترك عقارًا تقدر قيمته بألف جنيه مصري ، وله ديون على آخرين بألف أخرى فتكون تركته مقدرة بألفي جنيه مصرية ؛ فتقسم تركته على هذا الأساس .

فالديون إن كانت حالة وجب أداؤها للورثة ، وإن كانت مؤجلة فلا تحل بموت الدائن ؛ لأن الأجل من حق المدين فتقسم على أنها مؤجلة .

والديون المستحقة في الذمة قبل الوفاة للمورث تحسب من مجموع التركة ، والديون المستحقة في الذمة بعد الوفاة تكون للورثة فيما بينهم وإن كانت من التركة . وتستوي الديون الناتجة من عقد أو قرض أو تعويض أو قانون .. إلخ .

والمدين إما وارث ، وإما موصى له ، وإما أجنبي ، فمديونية الوارث تتحقق بوفاة المورث ككل مديونية . بمعنى أن الدين متى كان حالًّا وجب أداؤه . فإن كان المورث سدد ديون وارثه قبل الوفاة فمجرد تسديده إبراء للوارث مما عليه للغير . فإن احتفظ المورث بسند المديونية للرجوع على الوارث ، أو أشهد أنه سدد ليرجع ، وجب على الوارث المدين أداء ما عليه للمورث ، يعني احتساب دينه في التركة .

وإن كان مدينًا لنفس المورث من آثار عقود ، أو التزام ، أو أي سبب شرعي للالتزام فعليه أداء هذا الدين للتركة ، بمعنى أنه يحسب من جملة التركة فيخصم من سهمه فيها . فإن وفّى سهمه بدينه فبها ، وإلا فيجب على الوارث سداد ما بقي للورثة من أصل دينه إن لم يتنازل المورث قبل وفاته عن هذا الدين قِبَل هذا الوارث [1] .

وحكم الوارث حكم الموصى له سواءً بسواء ؛ لأنه يجمع الكلَّ وصفُ المديونية . وعلى هذا فالدين ووجوب أدائه لا علاقة له بين تسلم الميراث أو تركه ؛ لأن الدين قد تعلق بالذمة ، ولا يبرئها إلا الأداء أو الإبراء .

وأما الدين الناشئ في التركة ، أو بسبب التركة ، كقبض ثمرات أعيان التركة بعد الوفاة ، أو هدم عين من أعيان التركة ، أو خطأ نتج عن تفريط أو إفراط في إدارة أعيان التركة فهو على المسئول ، يجب تقاسمه حسب نصيب كل وارث ، ونصيب كل ضامن لدينه . ومتى كان أداء الدين واجبًا فللدائنين للتركة وللموصى

---

(1) يقول الدردير [يبدأ من تركة الميت بحق تعلق بعين كمرهون فمؤن تجهيزه] . الشرح الصغير جـ 4 ص 197 .

لهم طلب الرد والدفع لهذا الدين فيضم لأصل التركة وتوفى منه الديون ويخرج من ثلثه الوصية .

ولضمان حقوق الورثة في الدين الواجب الأداء للتركة تكون أنصبة المدينين ضامنة في السداد . وبما أنه لا ميراث قبل سداد الدين فتكون حقوق دائني المورث الشخصيين مقدمة على حقوق الورثة في ديونهم بالنسبة للتركة فتدفع أولًا ديون المورث من التركة ومن ديون التركة ومن الوصية ، ثم تخرج الوصية من ثلث الباقي ، ثم يقسم الباقي إن بقي شيء [1] .

---

(1) تقضي المادتان 899 ، 900 من القانون المدني المصري طبقًا لما سلفت الإشارة إليه بوجوب توزيع ما بقي من التركة إلى الورثة ، كل بحسب نصيبه ، وذلك بعد تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالتركة .

وهو ما تناولته المادتان 1109 ، 1110 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 397 .

نتيجة المقارنات من بند 25 إلى نهاية بند 34

يتفق التشريعان فيما يأتي :

قبول الميراث بشرط الحصر (في النتيجة) - تصفية التركة - التنازل عن الميراث (في الجملة) - وراثة شاغرة - واجبات الورثة - ادعاء الوراثة - الإخراج من الوراثة - استحضار الهبات بين الأحياء (في الجملة) - رد الوصية من الوارث متى ورث - إرجاع الدين .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

قبول الميراث بلا شرط ولا قيد (في نتائجه) - تفرقة الأموال في الميراث - التنازل عن الميراث (في نتائجه) .

بند [35] قسمة التركة

القانون الفرنسي : الكلام في قسمة التركة يرجع إلى عدة أقسام :

أولًا : حالة كون التركة مشاعة : وهي دعوة الورثة لاستلام حقهم في تركة المتوفى التي لم تقسم بعد إلى وقت القسمة (فهي تركة مشاعة حتى تقسم) . وما دامت حالة عدم القسمة فالوارث لا يملك حصة معينة في التركة بل يملك نصيبًا مشاعًا . ومن ذلك يجب اتفاق إرادة الورثة جميعًا في أي عمل قانوني أو إداري أو أي تصرف فلا يكون نافذًا إلا باتفاق الجميع ، ويمكن لواحد منهم ولو كان أصغر نصيبًا إبطال أي عمل لم يوافق عليه . وتنتهي هذه الحالة بقسمة التركة ؛ فيصبح كل وارث مالكًا لنصيبه الذي خصه ملكية محدودة في هذا الجزء بدل الملكية المشاعة قبل القسمة . وقد جعل القانون القسمة حقًّا لكل وارث ، له أن يطلبها متى شاء ضد باقي الورثة ، وعليه أن يتحمل طلب القسمة من الآخرين ، فيقضى بها له وعليه . ويجوز للورثة الاتفاق على عدم القسمة للتركة لمدة خمس سنين فقط ، ويجوز تجديد هذه المدة لمثلها . وهذه الحال في الغالب تحدث ما دام في الورثة قاصر تجنبًا للقسمة القضائية وما يتبعها من نفقات طائلة ، أو يكون لمصلحة العائلة .

وفي أن المورث له اشتراط عدم القسمة لتركته في وصيته خلاف . يقول بعضهم : له ذلك لمدة خمس سنوات كالورثة ، وبعضهم يرفض ؛ لأن هذا يعود على الورثة ولمصلحتهم فقط .

ثانيًا : مدة دعوى القسمة :

تمكث دعوى القسمة ما دام الورثة لم يقتسموا التركة ، فلا تسقط بمضي المدة ولا بعد الاستعمال ، فلا تسقط إلا بسقوط سببها . وذلك متى قسمت التركة فلا دعوى قسمة . ومتى تملك أحد أعيان التركة بمضي المدة فلا تركة حتى تقسم .

ثالثًا : استعمال حق طلب القسمة :

استعمال حق طلب القسمة يفرض في حالة القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد . والقاصر الذي لم تنفك عنه الوصاية ، والمرأة المتزوجة . أما القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد أو المحجور عليه فلا يمكن لوصيهما رفع دعوى القسمة إلا بإذن من مجلس

العائلة ، ولكن يجوز الحضور كمدعى عليهما في شخص وصيهما بلا قيد ولا شرط .

والقاصر الذي بلغ سن الرشد يمكنه رفع دعوى القسمة ، والحضور مدعى عليه فيها فقط يكون معه المشرف .

والمرأة المتزوجة على نظام الاشتراك في الأملاك يجوز لزوجها رفع دعوى القسمة في العقار والمنقول الذي يدخل شركة أموال الزوجية فقط وبدون مساعدة الزوجة . وأما التركة التي تبقى ملكًا خاصًا للزوجة فلا بد من دخول الزوجة معه في الدعوى ، وكذلك في نظم الزواج الثلاثة الباقية لا بد من دخول الزوجة معه في الدعوى . ومع ذلك ما دام للزوج حق التمتع بأموال زوجته فله الحق في عمل القسمة المؤقتة مع بقية الورثة في الثمرة الناتجة .

رابعًا : أشكال القسمة : يدور البحث في هذا الموضع على نقطتين :

أولًا : بأي شكل تكون القسمة : تكون القسمة بالتراضي ، وبالتقاضي . فالقسمة التي بالتراضي : هي ما كانت بين الورثة بمحض إرادتهم بدون تدخل القضاء . والتي بالتقاضي : هي ما تمت بناء على الأوامر القضائية حسب قانون المرافعات المدنية . وتفرض القسمة القضائية في الأحوال الآتية :

(1) متى وجد في الورثة قاصر أيًا كان ، أو محجور عليه ، أو في ملجأ الأمراض العقلية ، أو معين له مجلس قضائي .

(2) متى وجد في الورثة غائب وله وكيل لم تكن له سلطة مخولة منه لعمل القسمة الودية .

(3) متى وجد جميع الورثة حائزين للصفات القانونية للتصرف في أموالهم ، ولكن اختلفوا في كيفية التقسيم ، أو في تحديد الأعيان ، أو عارض في القسمة .

أما القسمة الودية فتكون حسب ما اتفقوا بعقد عرفي أو مسجل أو بقرعة أو بغيره .

ثانيًا : قسمة نهائية ، وقسمة مؤقتة ؛ فالقسمة النهائية : هي ما وضعت حدًا لشيوع التركة ، وعدم قسمتها وركزت ملكية أعيان التركة في حصة كل وارث له . والمؤقتة : هي ما كانت خاصة بالاستغلال مع بقاء الملكية على المشاع ، وتكون القسمة المؤقتة في موضعين :

(1) متى اتفق الورثة على ذلك .

(2) متى كان في الورثة من ليس أهلًا لتولي شئون نفسه ، ولم يتدخل القانون في القسمة .

وينتج عن القسمة المؤقتة أن ثمرة كل قسم تكون ملكًا خالصًا لصاحبه ، ولا يكون حائلًا لطلب القسمة النهائية من أي وارث .

طرق القسمة القضائية :

القسمة القضائية طويلة مملة ذات تكاليف عظيمة ، تمر في ست درجات :

(1) صدور حكم القسمة : متى قدم أحد الورثة طلبًا بالقسمة تصدر المحكمة حكمًا عاديًّا بذلك ، وتعين خبيرا ليباشر عمليات القسمة ، وتعين قاضيًا لعمل تقرير عن الذي يعترض القسمة ليرفعه للمحكمة .

(2) تقدير أثمان أعيان التركة أو بيعها بمعرفة خبير يتفق عليه أو معين عند الاختلاف فيقدم تقريرًا بما يراه موافقًا للقسمة ، فإن بيعت الأعيان يجب أن تكون بالمزاد العلني حسب ما نص عليه قانونًا .

(3) تكوين جملة التركة المراد قسمتها : تتكون جملة التركة من مجموع أعيان التركة المخلفة عن المتوفى . والأعيان الواجب على الورثة إرجاعها لقسمة التركة بطبيعتها ، وألا تدفع قيمتها من مجموع نصيب الوارث .

(4) ثم قسمة التركة إلى أنصبة بمعرفة خبير مثمن أو قاض منتدب أو وارث متفق عليه .

ويجب مراعاة القاعدتين الأساسيتين الآتيتين :

(1) المساواة في قيمة الأنصبة وهو الأساس في كل قسمة .

(2) تعادل وتشابه المواد المقسومة ، ففي كل قسم يجب إدخال منقول أو عقار فيه كبقية الأنصبة الأخرى فلا يجوز عمل نصيب من العقار وآخر من المنقول ولو تساويا في القيمة ، وتعمل الأنصبة بمقدار عدد الورثة .

وكيفية تقسيم أجزاء التركة كالآتي :

1 - إن تساوى الورثة في أقسامهم قسمت على رؤوسهم ، كولدي المتوفى فتقسم التركة على نصيبين يأخذ كل واحد نصيبًا .

2 - وإن اختلفا في أنصبتهم كأب وأخوين قسمت التركة إلى أنصبة تجمعهم ، فتقسم التركة هنا إلى ثمانية : للأب الربع $\frac{2}{8}$، ولكل أخ نصف الباقي بعد الربع ،

وهو يساوي $\frac{3}{8}$ لكل أخ .

خامسًا : نتيجة القسمة المظهرة :

ينتج عن القسمة انقطاع حالة الشيوع ، بحيث إن كل وارث أصبح مالكًا ملكًا خاصًا ، له فقط ما خصه في نصيبه ، وليس مالكًا مشاعًا في كل جزء من التركة ؛ وبناء على ذلك تكون القسمة مظهرة لملكية الوارث لا ناقلة لتلك الملكية إليه من تركة المتوفى ، بل يعتبر الوارث تلقى الملك في نصيبه من المتوفى نفسه مباشرة ؛ بل يعتبر أيضًا كنتيجة للقسمة رجوع أثرها إلى يوم استحقاق النصيب المذكور من التركة .

وفي القانون الروماني كانت نتيجة القسمة للتركة ناقلة للملكية ؛ فكان إذا رتب أحد الورثة على عقار التركة أي حق عيني انتقل هذا الحق إلى من وقع هذا العقار في نصيبه ، وتحمَّل ما رتبه الوارث المذكور وقت شيوع التركة .

ويطبق وصف أن القسمة مظهرة على كل عمل تم بدون مقابل ، وكان من شأنه انتهاء حالة عدم القسمة سواء كان من التركة نفسها أو في مادة كانت جزءا منها مثل :

(1) القسمة بمعناها الحقيقي حتى ولو كان هناك فرق قدر بمبلغ من المال .

(2) البيع بالمزاد العلني لشيء غير قابل للقسمة لصالح وارث بقطع النظر عن قبول الغير مزايدًا في البيع أم لا ، فإن كان المزاد لصالح الغير كان بيعًا حقيقيًّا .

(3) بيع حقيقي وديًّا باتفاق الورثة ، فلا تأثير للشكل على الصفات القانونية ، فنتيجته إظهارية .

(4) التنازل نظير عوض ممن تنازل من الورثة عن نصيبه نظير عوض تطبق عليه صفات القسمة الإظهارية ، فإن كان التنازل بلا عوض فهي تمليكية إيجادية .

ولا خلاف في أن نتيجة القسمة إظهارية ، وتطبق على العقار والمنقول على السواء بلا خلاف .

ويطبق وصف الإظهارية لصالح الأشخاص الآتية :

1 – بين أحد الورثة وبين من تلقى الميراث عن وارث آخر . وينتج عن ذلك أن الحقوق العينية التي أثقل بها العقار من رهن أو حق ارتفاق .. إلخ بمعرفة أحد الورثة مدة عدم قسمة التركة لا يعارض بها الوارث الذي وقع العقار المذكور في نصيبه ، وتعتبر باطلة وكأنها لم تكن ، ما لم يكن هذا الحق ترتب بنفس من أخذ العقار في

حصته ؛ فحينئذ تتأكد هذه الحقوق ، وتنتج ثمرتها القانونية .

فإن أراد الراهن أو صاحب الحق العيني أن يبقى حقه ثابتًا وقع جميع الورثة على ترتيب حقه ، فلا خوف عليه إذن ، ففي أي حصة وقع فهو صحيح .

2 – بين وارث ومن تلفوا عنه الملك : تطبق القاعدة المذكورة بين الزوج وزوجته في نظام الشركة في أموال الزوجية والأملاك التي تدخل فيها ، وما لم يدخل فيها .

ضمان الأنصبة :

الورثة المقتسمون ضامنون متضامنون في ملكية كل نصيب لمن خرج في قرعته ، بمعنى أنه بعد القسمة وأخذ كل واحد منهم نصيبه تبين أن عقارًا كان مرهونًا مستغرقًا أو رفعت باستحقاقه دعوى من الغير وحكم له ، فإن جميع الورثة متضامنون في الخسارة التي لحقت هذا الوارث .

ولاستعمال حق الضمان بين الورثة المقتسمين يجب تحقيق الشروط الآتية :

أولًا : يجب أن تحصل منازعة من الغير ، أو نزع ملكية لا ظهور عيب مخفي في نصيب الوارث فلا ضمان فيه .

ثانيًا : يجب أن يكون سبب النزاع أو نزع الملكية قد حصل قبل القسمة ، بمعنى أن المورث كان واضعًا يده مثلًا على الغير الذي جعل في مجموع التركة وقسم .

ثالثًا : أن لا يكون الوارث المنازع أو المنزوعة ملكية حصته أو بعضها سببًا في خسارة حقه بسوء دفاعه أو بإهماله ، بل عليه أن يدخل كل الورثة في الدعوى المدعى عليه بها ، لتكون الخسارة في مواجهتهم ، حتى يتم ضمانهم .

رابعًا : يجب أن لا يكون مذكورًا في عقد القسمة صراحة عدم تضمين الورثة في حالة النزاع أو نزع الملكية الذي قد يحصل لأي وارث وإلا فلا ضمان ؛ لأنه روعي في القسمة ما يمكن حدوثه فهو مدخول عليه ، فلا ضمان .

ويتحقق ضمان الورثة لمن حصل له نزاع أو نزعت ملكيته من الورثة في دفع تعويض مالي يساوي قيمة العين التي حرم منها وقت نزع الملكية . ويتحمل جميع الورثة حسب أنصبائهم هذا التعويض بما فيهم هذا الوارث الذي لحقه الضرر ، فيدفع كل واحد ما خصه باحتساب نصيب هذا الوارث وإسقاطه .

فإذا أفلس أحدهم أو كان في حالة عجز عن دفع نصيبه من التعويض قسم هذا النصيب بين المقتدرين بالتساوي ودفع منهم .

إبطال القسمة :

يصح إبطال القسمة وإلغاؤها للأسباب الآتية :

1 - نقص في شكل القسمة المقررة قانونًا .

2 - عدم الأهلية .

3 - غش أو إكراه أو غبن في القسمة . وأما الخطأ فلا تبطل به القسمة .

الغبن في القسمة : وجود الغبن في القسمة كسبب لإلغائها استثناء من قاعدة عدم الإلغاء ، وسبب هذا الإلغاء ضمان المساواة بين الورثة .

ولمعرفة الغبن يجب تقدير الثمن يوم القسمة للأعيان المدعى حصول الغبن فيها ، ودعوى الغبن تكون مسموعة في كل عمل شأنه إنهاء عدم القسمة الشيوعية في التركة قبل أي وارث .

والوارث الذي ملك كل أو بعض نصيبه بعد أن اكتشف الغبن فيه سقطت دعواه الغبن بعد ذلك ، وتسقط الدعوى بعد مضي عشر سنين .

وللمدعى عليه في دعوى الغبن إيقاف الدعوى بتكميله ما يدعى من نقص ، ودفعه له من طبيعة أعيان التركة أو قيمتها بما يساوي العجز المدعى به .

ونتيجة دعوى الغبن متى ثبت إلغاء القسمة فتعود التركة إلى حالة الشيوع ، ويكون أثر الحكم رجعيًا ، وتتملك الثمرات لواضع اليد حسن النية ، وترد من سيئ النية .

وليس لدائني المقتسمين الذين حصل لهم ضرر متعمد في حقوقهم حق استعمال دعوى (بولين) ، وفقط لهم الحق في حضورهم وقت القسمة ليحافظوا على حقوقهم من الضياع بسبب غش الورثة . وللورثة ولمن لهم حقوق ترتبت وقت شيوعية التركة الحق في هذه المعارضة بمعنى أنهم يطلبون حضورهم وقت القسمة . وتصح المعارضة في القسمة بعيدًا عنهم بإنذار ، أو بطلب للمحكمة ، أو بحجز العقار .

ونتيجة المعارضة إلزام الورثة المقتسمين إحضارهم معهم وقت القسمة ؛ فإن أهمل الورثة جاز طلب إلغاء القسمة بشرط إثبات لحوق الضرر بالدائنين . فإن لم تحصل معارضة من الدائنين كانت القسمة صحيحة ، ولا يجوز طلب إلغائها

لحصول ضرر للدائنين [1] .

بند [36] قسمة التركة

التشريع الإسلامي : التركة عقب الوفاة ملك للورثة المستحقين للوراثة بقدر أنصبة كل واحد ؛ فإذا كانت التركة بين أربعة بنين كانت ملكية كل واحد منها الربع مشاعًا . ومتى كانت التركة غير مقسومة فليس لواحد من الورثة الاستبداد في التصرف أيًا كان فيها بدون إذن الباقين ، أو بطريق الوكالة عن الجميع ، وإلا كان تصرفًا في غير ما يملك ، فهو تصرف فضولي موقوف على إذن الورثة جميعًا .

ولكل وارث مهما صغر نصيبه طلب القسمة . فإن كانت ممكنة وجب المصير إليها إجابة لطلب الطالب . وإن كانت الأعيان لا تقبل القسمة ، أو القسمة تفسدها ، وجب بيعها وقسمة ثمنها .

ويجوز للورثة الاتفاق على عدم القسمة أي زمن يشاءون ؛ لأن القسمة من حقهم فيستعملون حقهم متى شاءوا ، ولا يستعملونه متى شاءوا بلا جبر على الترك أو الفعل [2] .

ولا يعمل بوصية المورث بعدم قسمة التركة ؛ لأن هذا ملك للورثة لا ملك للمورث ، ومجرد موته قطع الصلة بينه وبين ماله ؛ فأصبح للورثة وحدهم حق القسمة وعدمها . وليس لحق القسمة مدة محددة فهو حق ليس مقيدًا بزمن فيستعمل عند الحاجة إليه . ومتى لم تكن هناك حاجة إليه فلا يزول ولا يتقادم .

استعمال حق طلب القسمة :

استعمال حق طلب القسمة يكون لكل شخص يقاضي ويتقاضى ؛ يعني كامل الأهلية الشرعية في ذلك . وتفصيله :

---

(1) انظر : البنود من 815 إلى 842 في الفصل الأول ، من الباب السادس ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 181 : 188 ومن 883 إلى 892 في الفصلين الرابع والخامس ص 196 : 198 .

(2) يقول ابن رشد : « والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها إلا بالطورئ عليها . وهي ثلاثة غبن ، أو وجود عيب ، أو استحقاق . فأما الغبن فلا يوجب الفسخ إلا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب » . بداية المجتهد جـ 2 ص 270 . الشرح الصغير جـ 3 ص 267 . والقسمة فيما نصت عليه المادة 1038 مدني أردني « إفرازٌ وتعيين الحصة الشائعة ، وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي . وقد تناولت المجلة العدلية أحكام القسمة في المواد 1114-1122 ، وكذا تناولت أحكامها المواد 834 - 849 مدني مصري ، والمواد 839 - 853 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .

(1) البالغ العاقل غير المحجور عليه ذكرًا أو أنثى ، متزوجة أو غير متزوجة ، يباشر حق طلب القسمة بنفسه أمام القضاء ، أو اتفاقًا بلا إذن من أحد ، سواء كانت القسمة مهايأة أو مراضاة أو قرعة ، ولا يشترط حضور أحد معه .

(2) الشخص عديم الأهلية لصغر أو سفه أو جنون يتولى القسمة عنه وليه بلا إذن من أحد ؛ لأن القسمة من مدلول ولايته كالبيع والشراء .. إلخ .

(3) الشخص الغائب العاقل غير المحجور عليه ذكرًا أو أنثى ، متزوجًا أو أعزب ، يتولى عنه وكيله إن كان له وكيل ، وإن لم يكن له وكيل تولى عنه الحاكم بنفسه أو عين من يقسم عنه ويقبل القسمة له .

ولا يتولى الزوجُ طلبَ القسمة عن زوجته إلا إذا كان وكيلًا عنها أو قيِّمًا عليها أو وصيًّا ، حتى ولا يملك الحضور عنها في دعوى القسمة عليها إلا بتوكيلها له في الدفاع عنها ، وهو منها ، في أموالها وما يتعلق بها ، كالأجنبي سواءً بسواء [1] .

أشكال القسمة :

للقسمة ثلاثة أشكال تقع عليها :

أولًا : قسمة مهايأة : وهي اختصاص كل شريك عن شريكه بمنفعة متحد أو متعدد في زمن معين ، كخدمة عبد أو ركوب دابة مثلًا .

وهي لازمة متى تعين الزمن وكانت في منفعة ، وهي كالإجارة ، فلا تجوز في غلة للضرر . وهي لا تزيل أصل الشركة ، بل الشركة باقية فيما قسمت منفعته [2] .

---

(1) يقول الدردير : « وقسم عن المحجور لصغر أو سفه أو جنون وَلِيُّهُ ، وقسم عن الغائب وكيلُه إن كان له وكيل ، أو القاضي إن لم يكن وكيل . ولا يقسم عنه الأب إذا لم يكن وكيلًا عنه ولا ذو الشرطة من الأمراء ولا كأخ وعم إذا كنف صغيرًا بلا وصاية من أبيه . بخلاف ملتقط الصغير فإنه يقسم عنه مادام محجوزًا في كنفه » . الشرح الصغير جـ 3 ص 276 . بداية المجتهد جـ 2 ص 270 وما بعدها . وقسمة المهايأة كما جاء في المادة 846 مدني مصري تكون بأن يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ، كما أنها تكون باتفاق الشركاء على تناوب الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته ، وذلك طبقًا لما جاء في المادة 847 مدني مصري وبهذا فإن قسمة المهايأة قسمة انتفاع ، لا قسمة ملكية ، وقد تكون زمنية طبقًا لما جاء في المادة 847 مدني مصري أو جزئية طبقًا لما جاء في المادة السابقة.عليها . وقد تناولت المادتان 1174 ، 1176 من المجلة العدلية أحكام هذا النوع من القسمة .

(2) ولزمت قسمة المهايأة كالإجارة في تعيين الزمن ، واللزوم . وشرط هذه القسمة أن تكون في منفعة كركوب وسكنى لافي غلة ، أو كراء كأن يأخذ كل منهما كراء الدابة ، أو الدار مدة معينة الشرح الصغير (268/3) .

ثانيًا : قسمة مراضاة : وهي أن يتراضى المقتسمون على أن يأخذ كل واحد شيئًا من المشترك بينهم يرضى به بلا قرعة .

فهي لازمة ، كالبيع ، ويجوز فيها الخيار [1] ، وليس لأحدهم ردها إلا بتراضي الجميع ، وهي تزيل أصل الشركة .

ولا رد فيها بالغبن إلا إذا أدخلا مقومًا ، وإلا جاز الرد بالغبن ما لم يطل الزمن ، وإلا فلا رد ، اتحد الجنس أو اختلف ، كان المقسوم عرضًا أو دينًا .

ثالثًا : قسمة قرعة : وهي تمييز حق في مشاع بين الشركاء – لا بيع – فيرد فيها بالغبن ولا بد فيها من مقوم ، ولا تكون إلا فيما تماثل أو تجانس ، وإلا فيفرد كل نوع أو صنف ليقسم على حدة [2] .

فإذا لم يمكن قسمه ذاتًا أو كان يفسده القَسْمُ بيع وقسم ثمنه ، ويقسم العقار والمقوم بالقيمة لا بالمساحة والعدد إن لم تتساو في القيمة [3] .

وكفى قاسم واحد بخلاف المقوم فلا بد من تعدده .

فقسمة المهأياة وقسمة المراضاة تكونان اختياريتين ، وقسمة القرعة تكون جبرًا .

والقسمة الجبرية تكون بتدخل القضاء فيما يأتي :

أولًا : متى وجد قاصر في المستحقين ، وقد نص في الحطاب على ما يأتي :

(1) إذا كان الصغير متحدًا وشريكه كبيرًا أو أجنبيًا فإنه يجوز قسم الوصي من غير مطالعة حاكم بلا خلاف .

(2) إذا تعدد الصغار وكان الشريك كبيرًا ؛ فإن كان الصغير مشتركًا جاز القسم

---

(1) وجاز خيار أحدهما ، أو خيارهما معا كالخيار في البيع . الشرح الصغير (269/3) .

(2) يقول الدردير : « وهي أي القسمة أقسام ثلاثة مهايأة وهي اختصاص كل شريك عن شريكه بمنفعة شيء متحد أو متعدد كدارين أو عبدين كخدمة عبد وركوب دابة . القسم الثاني مراضاة بأن يتراضيا على أن كل واحد يأخذ شيئًا مما هو مشترك بينهما بلا قرعة كالبيع . القسم الثالث : قرعة أي قسمة وهي تميز حق في مشاع بين الشركاء لا بيع فلذا يرد فيها بالغبن فيفرد كل نوع أو صنف ليقسم على حدته » . الشرح الصغير جـ 3 ص 269 ، 270 . بداية المجتهد جـ 2 ص 270 .

(3) ما لا يمكن قسمته كنخلة ، وعبد ، ودار صغرت ، وحمام بيع ، وقسم ثمنه . الشرح الصغير (270/3) . وهذا هو ما تناولته المادة 841 مدني مصري ، ونصها : « إذا لم تكن القسمة عينًا ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطرق المبينة في قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع » وهو نص المادة 874 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، وهو ما تناولته المادة 1044 مدني أردني ، و 836 ، و 1073 عراقي .

أيضًا بلا خلاف ، وإن كان حظ كل واحد متميزًا فقيل : بالجواز ، وقيل : بالكراهة .

(3) فإن كان القسم بين الصغار فقط فقيل : يجوز من غير رجوع للحاكم ، وقيل : يكره (يعني إن وقع صح) ، وقيل : يمنع ، ولابد من مطالعة الحاكم . والمعتمد أن الوصي لا يقسم على الأصاغر حتى يرفع ذلك إلى الأمام فيقسم بينهم إذا رآه نظرًا .

(4) وإن كان القسم بين الأب وبنيه ، أوبين الوصي ومحجوره ، فقيل : يقاسم الأب أو الوصي مع الأجانب ، وأما مع الوصي أو الأب نفسه فليرفع إلى القاضي .

وإذا قاسم للصغير أبوه فحابى لم تجز محاباته في ذلك ، ولا هبته ، ولا صدقته في مال ابنه الصغير ، ويرد ذلك إن وجد ولم تفت عينه وكان الأب موسرًا ، فإن فات ذلك ضمنه الأب .

ثانيًا : إذا وجد في الورثة غائب ، وليس له وكيل ، وكان بالغًا عاقلًا رشيدًا قسم عنه القاضي ، ولا يقسم عنه أبوه ولا أمه إلا إذا كانا وكيلين عنه . فإن كان لهذا الغائب وكيل تولى القسمة عنه دون القاضي .

ثالثًا : إذا اختلفت الورثة وكانوا كلهم بُلَّغًا تعين القضاء بينهم متى طلب أحدهم ذلك ، وأجبر الممتنع من القسمة عليها إن انتفع كل منهم بما ينُوبُه .

وقسمة القرعة وقسمة المراضاة نهائيتان ، بمعنى أنهما تضعان حدًّا للملكية المشتركة . وأما قسمة المهايأه فهي قسمة المنفعة فقط مع بقاء الملكية المشتركة .

وقسمة المنفعة تمنع أطرافها من طلب قسمة القرعة أو المراضاة إلا بتراضيهم جميعًا متى كانت مؤقتة بمدة محددة ؛ لأن عقدها ملزم متى استوفت شروطها ووقع عقدها صحيحًا ، وإلا فلكل واحد من المقتسمين جواز طلب القسمة النهائية في كل وقت [1] .

طرق القسمة :

طرق القسمة مذكورة بإيضاح وبيان ليس بعدهما زيادة لمستزيد في باب القسمة . فمن أرادها فليرجع إذا شاء فلا لزوم لنقلها هنا .

كيفية تقسيم أقسام التركة :

يتبع المورثون طرقًا حسابية ثابتة لتقسيم التركة كالآتي :

أولًا : تعتبر الفروض المقدرة في كتاب الله ستة : النصف ، والربع ، والثمن ،

---

(1) راجع الشرح الصغير جـ 3 ص 269 ، وما بعدها . بداية المجتهد جـ 2 ص 270 .

والثلثان ، والثلث ، والسدس [1] .

ويعتبر أصل العدد هو الذي يخرج منه سهام الفريضة صحيحًا وهي سبعة : اثنان ، وأربعة ، وثمانية ، وثلاثة ، وستة ، فهذه خمسة أصول إلى ستة فروض باتحاد مخرج الثلثين ، والثلث ، واثنا عشر ، وأربعة وعشرون [2] .

فالنصف مخرجه اثنان ، والربع من أربعة ، والثمن من ثمانية ، والثلث والثلثان من ثلاثة ، والسدس من ستة ، وما بقي مركب [3] منها [4] .

ثانيًا : متى عرفت هذه الأصول وأردت تقسيم التركة فانظر في الأصول ، ولا يخلو حالها من أربعة أحوال : التماثُل ، التوافُق ، التبائُن ، التداخل .

(1) التماثل والتوافق : ففي التماثل يؤخذ أحد المتماثلين ، وتقسم التركة بمقتضاه كزوج وأخت ، فكل له النصف ومخرجه من اثنين فأصل التركة منهما ، وتصح فكل له واحد .

والتوافق : هو قبول العدد القسمة على عدد آخر . وفيه تضرب العدد الآخر في قدر توافق كل منهما ، وذلك كزوجة وأم وولد . فالزوجة لها الثمن من ثمانية ، والأم لها السدس من ستة ، فأصلهما ثمانية وستة ، وكل منهما يقبل القسمة على اثنين ، وهذا معنى التوافق بالأنصاف فتضرب نصف أحدهما في كامل الآخر فتكون من أربعة

---

(1) الفروض ستة النصف ، والربع ، والثمن ، والثلثان ، والثلث ، والسدس . الشرح الصغير (195/4) .

(2) الأصول سبعة اثنان ، وضعفها أربعة ، وضعف ضعفها ثمانية ، وثلاثة ، وضعفها ستة ، وهذه الأصول الخمسة هي مخارج الفروض الستة في كتاب اللّه تعالي . واثنا عشر ضعف الستة ، وأربعة وعشرون ضعف الاثنى عشر . الشرح الصغير (205/4) .

(3) النصف مخرجه من اثنين ، فإن كانت فريضة فيها نصفان فمن اثنين . والربع مخرجه من أربعة ، فالأربعة أصل لكل فريضة اشتملت على ربع ، وما بقي ، كزوج ، وابن ، أو ربع ، ونصف ، وما بقي كزوج ، وبنت ، وأخ ، أو ربع ، وثلث ما بقي كزوجة ، وأبوين . والثمن مخرجه من ثمانية فالثمانية أصل لكل فريضة فيها ثمن . والثلث مخرجه من ثلاثة فهي أصل لكل فريضة فيها ثلث فقط كأم ، وعم ، أو ثلث ، وثلثان ، أو ثلثان وما بقي . والسدس من ستة ، والربع والثلث ، أو الربع والسدس ، أو الربع والثلثان ، أو الربع مع النصف والسدس مخرجه من اثني عشر . والثمن ، والسدس من أربعة وعشرين » انتهى ملخصًا الشرح الصغير (2606/4 ، 207) .

(4) يقول الدردير [والفروض ستة : النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس] . الشرح الصغير جـ 4 ص 199 . بداية المجتهد جـ 2 ص 238 وما بعدها . الكافي لابن عبد البر ص 555 وما بعدها . والهدف من البحث عن أصل المسألة هو تحويل كسور الفروض إلى أعداد صحيحة ، ليتيسر معرفة أنصباء الوارثين بالتعصيب ولمعرفة عول المسألة أوردها ولتحديد قيمة كل سهم بقسمة مقدار التركة على مجموع السهام أو الأرقام الصحيحة ، طبقًا لما يعرف في علم الميراث .

وعشرين وتصح ؛ فللأم السدس أربعة ؛ وللزوجة الثمن ثلاثة ؛ والباقي للولد تعصيبًا .

(2) التباين : فيضرب كامل أحدهما في الآخر كزوجة وإخوة لأم وعم . فللزوجة الربع من أربعة ، وللإخوة لأم الثلث من ثلاثة ، وأربعة وثلاثة متباينان فتضرب ثلاثة في أربعة = 12 اثني عشر . ومنها تصح . فللزوجة ثلاثة ، وللإخوة لأم أربعة والباقي للعم .

(3) التداخل : وهو أن يكون العدد الأكبر شاملًا للأصغر ، كبنت وبنت ابن وعم . فالبنت النصف من اثنين . ولبنت الابن السدس من ستة ، ولا شك أن اثنين تشملهما الستة .

فيكتفي بالأكبر الشامل . فالمسالة من ستة : للبنت ثلاثة ، ولبنت الابن واحد ، وللعم الباقي . هذا ما يتعلق بالفروض الأصلية والذي لا فرض فيها فأصلها عدد الرؤوس .

ثالثًا : بما أن أصحاب الفروض لا يسقطون بحال . وعلى هذا الأساس قد تزيد السهام عن أصل التركة حسب القواعد السابقة (في أولًا وثانيًا) فيقال في التركة عَوْلٌ أى زيادة ، وعالت التركة إذا زادت . فالعول هو زيادة في السهام ونقص في الأنصبة . والذي يعول من الأصول ثلاثة : الستة ، الاثنا عشر ، الأربع والعشرون [1] .

أولًا : الستة تعول أربع مرات :

(1) فتعول لسبعة بمثل سدسها ، وهي أول فريضة عالت في الإسلام كزوج وأختين ، فللزوج النصف من اثنين ، والأختان لهما الثلثان من ثلاثة ففيها تباين فيضرب كاملها في الآخر فيحصل ستة ، وبالقسم تنقص فتزاد واحدًا وهو العول فللزوج النصف ثلاثة ، وللأختين الثلثان أربعة [2] .

---

(1) يقول الدردير : « والمراد بالأصل العدد الذي يخرج منه سهام الفريضة صحيحًا سبعة اثنان وضعفهما أربعة وضعف ضعفهما ثمانية ، وثلاثة ضعفها ستة وهذه الأصول الخمسة مخارج الفروض الستة في كتاب اللّه .. ثم بين باقي الأصول وأنها تماثل تباين تداخل » . الشرح الصغير جـ 4 ص 209 ، 210 . بداية المجتهد جـ 2 ص 238 وما بعدها .

(2) فتعول الستة أربع عولات متواليات ، فهي تعول إلى السبعة بمثل سدسها كزوج ، وأختين شقيقتين ، أو لأب للزوج النصف ثلاثة ، وللأختين الثلثان أربعة ، وهذه أول فريضة عالت في الإسلام . الشرح الصغير (908/4) .

(2) وتعول لثمانية بمثل ثلثها ، كزوج وأختين وأم ، فللزوج النصف ، وللأختين الثلثان ، وللأم السدس . فالنصف والثلث داخلان في السدس ؛ فهي من ستة ولا تصح ، فتعول لثمانية ومنها تصح . فللزوج ثلاثة وهو النصف ، وللأختين أربعة وهو الثلثان ، وللأم واحد وهو السدس [1] .

(3) وتعول لتسعة بمثل نصفها ، كزوج وأختين وأم وأخ لأم ، فللزوج نصف من اثنين ، وللأختين ثلثان من ثلاثة ، وللأم السدس من ستة ، وللأخ للأم السدس من ستة . فالاثنان والثلاثة داخلان في الستة ، والستة أحد المتماثلين فنأخذ ستة فقط فلا تفي ذوي الفروض فتعول إلى التسعة ومنهما تصح . فللزوج النصف ثلاثة . وللأختين الثلثان أربعة ، وللأخ لأم السدس واحد وللأم كذلك .

(4) وتعول لعشرة بمثل ثلثيها ، كزوج ، وأختين ، وأم ، وإخوة لأم . فنصف للزوج وهو اثنان ، وثلثان للأختين من ثلاثة ، وثلث لإخوة الأم ، واثنان وثلاثة داخلان في مخرج سدس الأم وهو ستة فهي من ستة ، ولا تصح فتعول إلى عشرة للزوج ثلاثة ، وللأختين أربعة ، وللأم واحد ، وللإخوة للأم اثنان [2] .

ثانيًا : الاثنا عشر تعول ثلاث عولات :

(1) إلى ثلاثة عشر بمثل نصف سدسها كزوجة وأم وأختين لغير أم ، فللزوجة الربع من أربعة ، وللأم السدس من ستة ، وللأختين الثلثان من ثلاثة ، وبين الثلاثة والستة تداخل فتبقى الستة وبينها وبين الأربعة توافق بالأنصاف فتضرب نصف أحدهما في كامل الآخر ، فتكون اثني عشر ولا تصح ، فتعول إلى ثلاثة عشر ، فللزوجة الربع ثلاثة ، وللأم السدس اثنان ، وللأختين الثلثان ثمانية .

(2) وتعول إلى خمسة عشر بمثل ربعها كزوج وأبوين وبنتين ، فللزوج الربع من أربعة ، ولأحد الأبوين السدس ، ويستغنى بأحد السدسين للتماثل فهو من ستة ، وللبنتين

---

(1) وتعول الستة لثمانية ، فتكون عالت بمثل ثلثها ؛ لأنها عالت باثنين كزوج ، وأختين مع أم . للزوج النصف ثلاثة ، وللأختين أربعة ، وللأم السدس واحد . الشرح الصغير (209/4) .

(2) وتعول الستة لتسعة بمثل نصفها ، فيكون نقص كل واحد ثلث ما بيده ، كزوج ، وأختين مع أخ لأم ، وتعول الستة لعشرة بمثل ثلثيها ، فينقص كل واحد مما له خمسان من نسبة أربعة لها بعولها . الشرح الصغير (209/4) .

الثلثان من ثلاثة فالثلاثة تدخل في الستة فيبقى أربعة وستة بينهما توافق بالأنصاف فتضرب نصف أحدهما في كامل الآخر فيحصل اثنا عشر ولا تصح ، فتعول إلى خمسة عشر : للزوج ثلاثة ، ولكل من الأبوين اثنان ، وللبنتين ثمانية فالجملة خمسة عشر ، ومنها تصح ؛ فللأم اثنان ، وللأب اثنان السدس ، وللبنين ثمانية الثلثان ، وللزوجة ثلاثة الربع .

(3) وتعول إلى سبعة عشر بمثل ربعها وسدسها ، كزوجة وأم وولديها وأخت شقيقة وأخت لأب ، فللزوجة الربع من أربعة ، وللأم السدس من ستة ، ولولدي الأم الثلث من ثلاثة ، وللأخت الشقيقة النصف من اثنين ، وللأخت للأب السدس من ستة ، فالثلاثة والاثنان داخلان في الستة ، ويستعاض بأحد الستتين عن الأخرى فتبقى أربعة ، وستة متوافقتين بالأنصاف فتضرب نصف أحدهما في كامل الآخر فتكون اثني عشر ، ولا تصح ، فتعول إلى سبعة عشر ومنها تصح ، فاثنان للأم السدس ، والثلث لولديها أربعة ، والربع للزوجة ثلاثة ، وللأخت الشقيقة ستة النصف ، والتي للأب اثنان السدس [(1)] .

ثالثًا : الأربعة والعشرون تعول مرة واحدة بمثل ثمنها إلى سبعة وعشرين كزوجة وأبوين وبنتين [(2)] ، فللزوجة الثمن من ثمانية ، ولكل من الأبوين السدس من ستة ، وللبنتين الثلثان من ثلاثة ، فالثلاثة داخلة في الستة فيكتفي بها ، والستة والثمانية متوافقتان بالأنصاف فيضرب نصف أحدهما في كامل الآخر فيحصل أربعة وعشرون وتعول لسبعة وعشرين فللزوجة الثمن ثلاثة ، وللأبوين الثلثان ستة عشر فالجميع سبعة وعشرون ، وهذا القدر كاف في معرفة تقسيم التركات ، ومن أراد الزيادة فليرجع إلى أبواب الميراث يجد فوق ما يطلب [(3)] .

---

(1) وتعول الاثنا عشر ثلاث عولات ؛ فتعول لثلاثة عشر بمثل نصف سدسها ، وتعول لخمسة عشر ، وتعول لسبعة عشر . الشرح الصغير (209/4 ، 210) .

(2) وتعول الأربعة ، والعشرون عولة واحدة لسبعة وعشرين كزوجة ، وأبوين ، وبنتين وهي المنبرية التي سئل فيها علي بن أبي طالب وهو على المنبر فأفتى على الفور بأن الثمن يصير تُسْعًا . الشرح الصغير (210/4) .

(3) يقول الدردير [وإن زادت الفروض أي سهام الورثة على أصلها أي أصل المسألة الفروض أي زيد فيها بأن تجعل الفروض بقدر السهام فهي عائلة والعائل من الأصول السبعة المتقدمة ثلاثة أما الأربعة الباقية فلا تعول وهي الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية . الشرح الصغير جـ 4 ص 212 ، 232 . بداية المجتهد جـ 2 ص 338 .

التصديق على القسمة :

القسمة متى تمت وعرف كل مقاسم حقه فلا داعي لتصديق القاضي ؛ لأنها إن كانت مهايأة أو تراضي فهي اختيارية ابتداء وإلزامية انتهاء متى وقعت صحيحة كما سبق .

وأما القرعة فهي كما تقع اختيارية تقع إجبارية ونتيجتها ملزمة قطعًا فلا داعي للتصديق عليها ؛ لأنها ستقع بأمر القاضي أو بواسطة أعوانه ، فمتى سجلها فقد لزمت المتقاسمين فيأخذ كل واحد ما خرج له في سهمه من الأعيان والمقومات مثلًا .

نتيجة القسمة المظهرة [1] :

مادامت التركة مشاعة فكل وارث يملك نصيبه مشاعًا [2] في جميع أعيان التركة ؛ فكل تصرف من أحد الورثة على عين بذاتها غير نافذ إلا إذا سمح به الجميع ، فهو تصرف في غير ملكه فهو غير نافذ إلا بإذن الجميع [3] . فإن تمت القسمة فقد ظهر ملك كل واحد منفردًا على حدة وتصرفه في أعيانه نافذ لا يتوقف على إجازة أحد ، فالقسمة مظهرة لتحديد النصيب لاموجدة للملكية . فالملكية موجودة بالفعل من وقت تلقي الميراث وهو وفاة المورث .

ونتيجة أن قسمة التركة إظهارية تنطبق على جميع أعيان التركة عقارًا ومنقولًا ، ولا تمنع التضامن بينهم في سلامة الملكية للجميع .

---

(1) القسمة مظهرة لحقوق الشركاء ، بمعنى أنها كاشفة عن حق كل شريك في تملك نصيبه المفرز من وقت نشوء حقه في الملك الشائع . وهذا النظر مجرد افتراض لا يتفق مع الواقع وقيام الشيوع قبل حدوث القسمة . وقد ظهر هذا الرأي في الفقه الحديث . أما الفقه الإسلامي فينظر إلى القسمة على أن لها أثرًا مزدوجًا ، فهي كاشفة وناقلة ؛ ففي بدائع الصنائع أن القسمة عبارة عن « إفراز بعض الأنصباء عن بعض ، ومبادلة بعض ببعض .. فإذا قسمت العين بينهما نصفين فلابد أن يجتمع في نصيب كل واحد أجزاء بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع ... فكانت القسمة منهما بالتراضي أو بطلبها من القاضي رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض ، وهو نصف نصيب صاحبه ، وهو تفسير المبادلة .. والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة ، بل هي إفراز من وجه ومعاوضة من وجه .. البدائع 17/7 . وهو ما نصت عليه المادة 1116 من مجلة الأحكام العدلية . انظر المذكرة الإيضاحية من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية المادة 849 .

(2) قاعدة : مادامت التركة مشاعة فكل وارث يملك نصيبه مشاعًا .

(3) جاءت المادة 884 من القانون المدني المصري بمنع أي وارث من التصرف في مال التركة أو استيفاء ما للتركة من ديون قبل الغير ، أو أن يجعل دينًا عليه قصاصًا بدين التركة .

وهو ما تناولته المادة 964 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 1095 مدني أردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 399 .

وعلى هذا فالتصرفات العقارية التي تمت قبل القسمة على بعض أعيان التركة غير ملزمة لبقية الورثة لاشتراكهم في الملكية ، والتصرفات التي تتم بعد القسمة صحيحة وسارية على نصيب من تصرف فقط .

ضمان الأنصبة :

الملكية المشتركة في الميراث تقتضي سببًا واحدًا في ثبوتها وهو تلقي الملك عن المورث ؛ فلو طرأ ما ينقض هذه الملكية كان ذلك ساريًا على جميع المستحقين كلٌ حسب نصيبه ، من هنا جاء الضمان . وضمان سلامة الأنصبة بين الورثة يأتي من أن القسمة إنما تكون للتركة التي تملك ، وبما أنه قسم بينهم ما ليس بتركة ، أو قسم بينهم ما يختص به غيرهم ؛ فكان لزامًا على كل واحد الاشتراك في الضمان بقدر ما أصاب في التركة [1] .

وعدم سلامة أسهم الورثة يأتي من :

أولًا : ظهور دين على الميت أو استحقاق مبيع من سلعة : فيرجع الغريم أو من استحقت من يده السلعة على كل بما يخصه في الحصص ، ولا يأخذ مليئًا عن معدم ولا حاضرًا عن غائب إذا لم يعلموا بالدين الذي على الميت ، وإلا أخذ المليء والحاضر والحي عن المعدم والغائب والميت .

ثانيًا : ظهور وارث أو موصى له : فيرجع الطارئ على كل من الورثة أو الموصى لهم بما يخصه فقط ؛ فلا يأخذ مليئًا أو حاضرًا أو حيًا عن معدم وغائب وميت ما لم يكن الورثة يعلمون بالطارئ ، وأقبضوا الغرماء أو اقتسموا التركة [2] .

وإن اشتهر ميت بدين أو علم به الوارث وأقبض الغرماء الحاضرين رجع الطارئ

---

(1) تضمنت المادة 904 مدني مصري النص على سريان القواعد العامة المقررة في القسمة بشأن قسمة التركة ، وبوجه خاص ما يتعلق منها بضمان التعرض والاستحقاق وبالغبن وبامتياز المقاسم ، وهو ما جاء في المادة 983 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 1114 مدني أردني . أما ضمان المتقاسمين بوجه العموم ما قد يقع في النصيب الذي اختص به أحدهم من تعرض أو استحقاق فقد بينته المواد 844 مدني مصري والمادة 851 مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ، والمادة 1125 من المجلة العدلية ، ونصها : « شرط المقسوم هو كونه ملك الشركاء حين القسمة ، فإذا ظهر المقسوم بعد القسمة مستحقًّا بطلت ، وكذا إذا ظهر مستحق لجزء شائع منه كنصفه وثلثه .. كذلك إذا ظهر مستحق لمجموع حصته بطلت القسمة والباقي مشترك بين أصحاب الحصص .. » .

(2) وأما طرو الوارث على الشركة بعد القسمة ، وقبل أن يفوت حظ كل واحد منهم ، فلا تنتقض القسمة به ، وأخذ من كل واحد حظه إن كان ذلك كيلًا أو موزونًا . بداية المجتهد (405/2) .

عليه بما ثبت له ، لتفريطه واستعجاله كما لو قبض لنفسه ، ثم رجع هو على الغريم الذي قبض منه ، وللطارئ الرجوع على الغريم فهو مخير .

ثالثًا : ظهور غريم بعد أن اقتسم الورثة التركة : فيأخذ الغريم المليء والحي والحاضر عن المعدم والميت والغائب ، مالم يجاوز دين الطارئ ما أخذ من التركة لنفسه ، فإن جاوز لم يؤخذ منه إلا ما قبضه .

وبذلك يكون قد أصاب سهْمَ الوارث نقص أو محو . وبما أن جميع الورثة متضامنون في سلامة ملكية ما ورثوا بالعدل والمساواة حسب أنصبائهم فيتبع ما يأتي فيما بينهم :

- إذا وقع الاستحقاق في شائع ينقض القسم ، واتبع المستحق كل وارث بقدر ما أصاب من حقه ، ولا يتبع المليء دون المعدم .

- وإن استحق نصيب أحدهم بعينه ، فإن استحق جميعه ، رجع فيما بيد شريكه ، كأن الميت لم يترك غيره .

- إن استحق بعضه فثلاثة أقوال لابن القاسم :

(1) ينقض القسم كله إن كان المستحق كثيرًا ، وإن كان يسيرًا رجع بقيمته .

(2) أو يرجع فيساوي صاحبه فيما بيده ، بقدر نصف ذلك قليلًا أو كثيرًا .

(3) أو ينقض في الكثير ، ويرجع في اليسير شريكًا [1] .

ولو ظهر عيب في جُلّ نصيبه ولم يفت الباقي فله رد الجميع في القسمة ، فإن فات ما بيد صاحبه رد نصف قيمته يوم قبضه وما سلم بينهما [2] .

والتشريع الإسلامي هنا جعل الضمان شاملًا في الاستحقاق وظهور العيب وظهور دين أو وارث .. إلخ ، فهو عدل يقتضيه التشريع السليم ، والمشرع الوضعي نفى

---

(1) حكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب إن كان المستحق كثيرًا ، وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكًا فيما في يديه ، وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يديه ، وإن كان يسيرًا رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء . بداية المجتهد (404/2) .

(2) وأما الرد بالعيب ، فإنه لا يخلو على مذهب ابن القاسم أن يجد العيب في جل نصيبه ، أو في أقله ، فإن وجده في جُلّ نصيبه ، فإنه لا يخلو أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فات ، أو لم يفت ، فإن كان قد فات رد الواجد العيب نصيبه على الشركة ، وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه ، وإن كان لم يفت انفسخت القسمة ، وعادت الشركة إلى أصلها . وإن كان العيب في أقل ذلك رد ذلك الأقل على أصل الشركة فقط . بداية المجتهد (404/2) .

الضمان في حالة ظهور عيب في نصيب أحد الورثة وهو بعيد عن الصواب ؛ لأن الورثة ضامنون متضامنون في سلامة ملكية نصيب كل وارث ، على وجه يحقق العدل بينهم ، وظهور العيب في نصيب واحد يدل على تمايز أصحاب النصيب السليم على هذا المعيب ، والفرض أنه يجب التساوي بينهم كل حسب نصيبه .

وبما أن التضامن بين الورثة شرع لحفظ سلامة الملكية بينهم ، كلٌّ حسب نصيبه بالعدل ، لكي لا يفوز أحدهم بمغنم ويتحمل الآخر مغرمًا ، فتكون عدالة عرجاء .

فإن كانت القسمة بالتراضي واشترط كل واحد عدم الرجوع على الآخر بما يظهر فليس الشرط صحيحًا ؛ لأن البائع لو اشترط نفي العهدة عنه كان الشرط باطلًا ، ورجع المشتري عليه بما يظهر من العيوب المستترة والقسمة بالتراضي كالبيع .

ولا يعمل بهذا الشرط أيضًا في قسمة القرعة ؛ لأن هذا الشرط وهو التضامن شرع لحفظ العدالة بين المتقاسمين .

ويتحقق ضمان الورثة لسلامة ملكية الجميع في نقض القسمة كما سبق تفصيله قبل ذلك بأسطر في قولنا : « ثالثًا : ظهور غريم بعد أن اقتسم الورثة التركة .. إلخ » ومتى نقضت القسمة قسمت في الباقي .

وشرط نقض القسمة ما يأتي :

أولًا : أن لا يطول الزمن فيحصل تغيير وفوْت .

ثانيًا : أن لا يحصل بناء أو هدم أو أي تصرف شرعي في نصيب الورثة . فإن حصل ذلك فالضمان يكون في تكميل ما نقص للوارث بعد تقويم الأنصبة بما فيها نصيب المنكوب وتعويضه ، مع احتساب ما خصه في نصيبه من الخسارة والمكسب .

وضمان نصيب الغائب المعزول له إن عزله الحاكم أو نائبه لا من الحاكم ولا من المديان إذا كان المعزول من جنس دينه وإلا فمن المديان ، وإن عزله الورثة أو الغرماء فضمانه من المديان .

والعين الذهب أو الفضة الموقوفة للغرماء فضاعت ضمانها منهم لا إن كان الموقوف عرضًا ، وهو ما قابل العين فضمانه من المديان إلا أن يكون العرض مماثلًا فضمانه من الغريم .

إبطال القسمة :

يصح إبطال القسمة للأسباب الآتية : طرو مستحق ، أو استحقاق عين من أعيان

التركة بعد القسمة كما سبق ، وعدم أهلية المقتسم ، والغش ، والإكراه ، والغبن [1] .

وعدم أهلية المقتسم لمباشرة القسمة تقدم هنا في هذا الفصل ، فلو لم يكن المباشر للقسمة المستحق للنصيب أهلًا ، كانت القسمة موقوفة في الصغير والسفيه وباطلة في المجنون .

وأما الغش والإكراه فيتنافيان مع الإرادة الكاملة في قسمة التراضي والمهايأة فلا تكون كل منهما صحيحة ، وكذا قسمة القرعة ؛ لأنه يشترط في صحتها خلوها من غش وإكراه ككل العقود الملزمة .

وأما الغبن في القسمة أو دعوى الجور أو الغلط من القاسم فيها فإن تفاحش وظهر ظهورًا بينًا أو ثبت ما ذكر ببينة نقضت القسمة ورد للصواب . وإن لم يتفاحش أو لم يثبت حلف المنكر ، فإن حلف بعدم حصول جور أو غلط فلا تنقض . فإن نكل أعيدت بشرط أن لا يطول الزمن كسنة ، أو تمضي مدة تدل على الرضاء بما وقع ، وإلا فلا كلام للمدعي ، ولا تنقض القسمة ولو قام بالقرب وبشرط أن لا تفوت الأملاك بهدم أو بناء أو غير ذلك من وجوه الفوات . وإلارجع في ذلك للقيمة يقتسمونها .

ولمدعي الغبن متى أثبته المصالحة بما يعوض عنه ما نقص من نصيبه كما يرى من مصلحته بشرط أن لا تخالف نصًا معمولًا به أو ممنوعًا شرعًا . ونتيجة دعوى الغبن إلغاء القسمة متى ثبتت الدعوى فتعود التركة إلى حالة الشيوع إن لم يكن حصل في أعيانها فترجع إلى حالة التقويم يوم القسمة لا يوم ثبوت الغبن . ويعاد تقسيم القيمة بين الورثة . والمفوتات في العقار والمنقول قد سبقت في مفوتات المبيع فارجع إليها إن شئت . وسبق القول أن الوارث لا يدفع دين التركة أزيد مما ورثه [2] ؛ لأن التزامات المورث لا تتعدى تركته فليس لدائني الوارث الحضور وقت القسمة ، ولا اعتراض لهم عليها ؛ لأن هذا الدائن يتبع مدينه ورث أم لم يرث . فإن تبرع مدينه لسداد دين مورثه كان لدائن الوارث منعه ؛ لأن التبرع ممنوع متى لم يكن في ماله سعة للسداد وإلا فلا شأن له . فإن تصرف الورثة في أنصبائهم بعد القسمة ببيع أو رهن أو أي تصرف أخرج الملكية أو رتب عليها حقوقًا فيجب احترام هذه الحقوق . ويعتبر هذا

---

(1) جاء في بداية المجتهد قوله : « القسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ، ولا الرجوع فيها إلا بالطوارئ عليها ، والطوارئ ثلاثة : غبن ، أو وجود عيب ، أو استحقاق . بداية المجتهد (404/2) .

(2) قاعدة : الوارث لا يدفع دين التركة أزيد مما ورثه .

التصرف صحيحًا ومفوتًا لرد الأعيان التى تصرف فيها الوارث فتقوم بقيمتها يوم القسمة ؛ لأن تصرف الوارث في هذه الأعيان كان تصرفًا صحيحًا فيما يملك . ومن تصرف له أو تعاقد معه عليها كان تعاقده صحيحًا ؛ لأنه واثق من ملكية من تصرف معه فيجب احترام هذا التصرف . ولكن نظرًا للضرر الذي أصاب من وقع عليه الغبن تعين إزالة الضرر بتقدير القيمة وقسمتها مع حفظ آثار هذه التصرفات .

وليس لمن تعاقد معهم الوارث بعد القسمة في نصيبه قبل الرد بالغبن أي اعتراض أو طلب حضور ؛ لأن حقوقهم محفوظة محترمة [1] .

---

(1) راجع الشرح الصغير جـ 4 ص 232 ومابعدها .

الكتاب الثالث

بند [37] الهبة والوصية

القانون الفرنسي : نظرة ابتدائية : أشكال مختلفة في التصرفات بدون مقابل ، القانون المدني لا يعرف من هذه التصرفات إلا تصرفين :

(1) الإعطاء بين الأحياء (هبة) .

(2) الإعطاء بعد الوفاة (وصية) .

الهبة : هي عقد به يتجرد شخص حالًا بدون رجعة من حق عيني أو التزام متعاقد عليه مع شخص آخر يقبل ذلك ، فالأول معطي ، واهب ، والثاني معطَى أو موهوب له . وللهبة ثلاثة شروط :

(1) الهبة يجب أن تكون عقدًا اختياريًا فلا يكفي نية الإعطاء ، ولابد من قبول الموهوب له .

(2) الهبة عقد بلا مقابل ؛ لأن الموهوب له يتلقى الهبة بدون أن يعوض الواهب شيئًا .

(3) الهبة عقد علني ، يتحتم فيه التحرير بمعرفة مسجل العقود .

الأسس التي يُبنى عليها العطاء (الهبة) :

أولًا : تجرد الواهب من ملكية العين الموهوبة : ويتم بنقل ملكية العين الموهوبة ، أو تسليمها إلى الموهوب له ، أو التزام الواهب بشيء قبل الموهوب له ، أو إيجاد حق عيني ، وغير ذلك لا يكون هبة .

ثانيًا : إيسار الموهوب له : فيزيد ماله بما نقل إليه ودخل من مال الواهب من حقوق عينية أو ترك التزامات مثلًا .

ثالثًا : يكون تجرد الواهب ويسار الموهوب له بدون رجوع : بمعنى أن الهبة متى تمت بشروطها لا يجوز الرجوع فيها بإرادة الواهب فقط .

رابعًا : نية الإنعام : الهبة تتضمن إرادة الواهب الإحسان إلى الموهوب له لانتفاعه من الهبة [1] .

بند [38] الهبة

التشريع الإسلامي : التصرفات التي بدون مقابل لها عدة أسماء ومسميات فقد

---

(1) انظر : البنود 893 ، 900 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 198 ، 200 .

تكون وقفًا ، وقد تكون صدقة ، وقد تكون هبة ، وقد تكون عُمرى وعارية ، وكل هذه تصرفات بلا مقابل ؛ فالوقف تنازل عن عين لتكون وقفًا لا تباع ولا تشرى مؤبدة [1] (مذهب أبي حنيفة) على أن يصرف ريعها على جهة معينة أو شخص يتداول ذلك بين الموقوف عليهم طبقة بعد طبقة حتى ينتهي إلى جهة بر لا تنقطع ، فعين الوقف باقية أبدًا ، والاستحقاق يكون في الثمن أو الغلة .

والصدقة تمليك عين للمتصدق عليه احتسابًا لثواب الآخرة ناجزًا .

والهبة تمليك ذات بلا عوض لوجه المعطى [2] . والعُمرى إسكان شخص دارًا مثلًا مدة حياته ثم تعود لورثة المعمِّر ، والعارية إعطاء ذات لشخص لينتفع بها مدة معينة [3] ، ثم يردها للمعير [4] بلا مقابل [5] .

(1) الوقف ، ويعبر عنه بالحبس ، وهو جعل منفعة مملوك ، ولو كان مملوكًا بأجرة أو جعل غلته لمستحق بصيغة مدة مايراه المحبس . الشرح الصغير (336/3) .

(2) جاء تعريف الهبة في المادة 486 من القانون المدني المصري . التي تنص على مايأتي :

1 - « الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض » .

وهو ما جاء في المادة 601 من التقنين العراقي ، ونصها أن « الهبة هي تمليك مال لآخر بلا عوض » .

وكذا المادة 557 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « الهبة تمليك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض » .

وهو ما جاء كذلك في المادة 524 من التقنين الكويتي التي تنص على أن « الهبة عقد على تمليك مال في الحال بغير عوض » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 159 ، 160 .

(3) جاء تعريف العارية في المادة 635 مدني مصري ، ونصها أن : « العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئًا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال » .

وهو ما عرفتها به المادة 632 من مشروع المدني طبقًا للشريعة والمادة 760 من التقنين الأردني التي تنص على أن « الإعارة تمليك الغير منفعة شيء بغير عوض لمدة معينة أو لغرض معين ، على أن يرده بعد الاستعمال » .

وهو ما جاء في المادة 847 من التقنين العراقي . والمادة 649 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 232 .

(4) الهبة : تمليك من له التبرع ذاتًا تنتقل شرعًا بلا عوض لأهل ، أو مستحق بصيغة صريحة ، أو ما يدل على التمليك ، ولو معاطاة .

- العمرى : تمليك منفعة شيء مملوك عقارًا ، أو غيره كفرس ، حياة المعطي بغير عوض ، وذلك مثل أن يقول : أعمرتك هذه الدار أو جعلت هذه الدار لك عُمْرَى ، أو عمرك أو حياتك أو حياتي ، فإذا مت أنا فهي رد على ورثتي . فهذا كله هبة ، والدار للمعمَر له حياته ، ولورثته بعد وفاته لصحة التمليك والتوقيت باطل ، لقوله ﷺ : « أمسكوا عليكم أموالكم ، لا تعمروها فإن من أعمر شيئًا فإنه لمن أعمره « أي الموهوب له . وقد روى البخاري ومسلم : « العمرى لمن وهبت له » .

- الإعارة : تمليك منفعة مؤقتة بزمن ، أو فعل نصًا ، أو عرفًا بلا عوض .

تنظر هذه التعريفات في الشرح الصغير ، الجزء الثالث . صفحات 230 ، 339 ، 348 .

(5) يقول الدردير [الهبة تمليك من له التبرع ذاتًا تنتقل شرعًا بلا عوض والتمليك لثواب الآخرة صدقة] .

الشرح الصغير جـ 3 ص 339 . بداية المجتهد جـ 2 ص 327 وما بعدها . الكافي لابن عبد البر ص 528 .

فكل هذه تصرفات قبل الموت بلا مقابل . غير أن الوقف قد يجوز أن يكون مبدؤه بعد الموت ، والوصية كذلك تكون بعد الموت . والفرق بينهما أن الوقف يكون لعين ثمرتها تكون لجهة بر وخير مع بقاء العين ، والوصية تمليك لشيء مضافًا لما بعد الموت .

فالهبة هي عقد تمليك ذات بلا عوض لوجه المعطى ، فإن كانت لثواب الآخرة فهي صدقة . وأما تمليك المنفعة فهو وقف أو عارية إن قُيِّد بزمن ولو عرفًا ، وإما عُمرى إن قُيد بحياة المعطي في دار ونحوها . فأركان الهبة أربعة :

1 - واهب : وهو من له التبرع ممن لا حجر عليه ، وهبة السكران والمجنون والصبي باطلة ، وهبة المدين والمريض والزوجة موقوفة على إجازة الدائن والورثة والزوج [1] .

2 - وموهوب له : وهو كل حي يمكنه التملك والحوز ، ولا تتم الهبة إلا بالحيازة ؛ فالحيازة شرط في تمام الهبة ولو بلا إذن ، وأجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الحيازة قضاء [2] .

3 - وشيء موهوب : وهو كل مملوك للواهب ينتفع به شرعًا ، ويقبل النقل حسًّا أو معنى . فلا تصح في ملك غير الواهب ، بخلاف بيعه . وقيل : تصح موقوفة على إجازة المالك . وتصح هبة الدين ولو لمن هو عليه وهو إبراء له فيلزم قبوله . ومن وهب ميراثه بعد وفاة مورثه لزمه بلا خلاف . وإن وهبه في حال مرض مورثه الذي مات فيه لزمه على الأقوى . وقيل : بعدم اللزوم . وإن وهبه في حال صحته فقولان باللزوم وعدمه .

4 - الصيغة : وهي من الواهب : تكون قولًا كوهبت وأعطيت ، أو فعلًا كتسليم العين الموهوبة يدًا بيد ، وتكون من الموهوب له قبولًا : قولًا كقبلت ، أو فعلًا كتصرف في الهبة تصرف المالك [3] .

---

(1) اتفقوا على أن الواهب الذي تجوز هبته إذا كان مالكًا للموهوب صحيح الملك ، وذلك إذا كان في حال الصحة ، وحال إطلاق اليد . واختلفوا في حال المرض ، والسفه ، والفلس . أما المريض ، فقال الجمهور : إنها في ثلثه ، وقال بعضهم : إن هبته تخرج من رأس ماله إذا مات . بداية المجتهد (485/2) .

(2) من شرط الموهوب له : أن يكون ممن يصح قبوله ، وقبضه ، وأما الشروط فأشهرها القبض . بداية المجتهد (488/2) .

(3) يقول الدردير [أركانها أربعة واهب وموهب له وموهوب ، وصيغة . شرط الأول أن يكون أهلا للتبرع وشرط الثاني أن يكون مملوكًا للواهب ، وشرط الثالث أن يكون أهلًا لأن يملك ما وهب له فمتى وجدت الشروط صحت الهبة . الشرح الصغير جـ 3 ص 339 الكافي لابن عبد البر ص 528 وما بعدها ، بداية المجتهد جـ 2 ص 327 .

فالهبة باعتبارها صادرة بين واهب وموهوب له تكون عقدًا اختياريًا بلا عوض ، ونية الإعطاء لا بد أن تكون مقترنة بالقول أو بالفعل . ولكي تتم يجب فيها القبول . فالقبول والحيازة معتبران إلا أن القبول ركن ، والحيازة شرط .

ولا يتعين التحرير بل يكفي فيها الإشهاد ، فلو كانت يدًا بيد فالإشهاد ليس بلازم ، إلا إذا خشي الإنكار من الواهب أو من ورثته بعده ، فيتعين الإشهاد محافظةً على المصلحة العامة للواهب والموهوب له .

الأسس التي بُني عليها العطاء (الهبة) :

أولًا : تجرد الواهب من ملكية العين الموهوبة ، بمعنى أن الموهوب له قد أصبح مالكًا لهذه العين بمجرد الهبة ، فله حق التصرف فيها إلا إذا تعلق بالعين الموهوبة حق للغير ؛ فقد قال المشرعون المالكية ما يأتي : « ومن رهن رهنًا في دين عليه ، ثم وهبه لأجنبي ، فإن رضي المرتهن بهبة رهنه صحت الهبة مطلقًا ، وإن لم يرض المرتهن بهبة الرهن ، فإن كان الراهن معسرًا بطلت الهبة مطلقًا أيضًا ، وإن كان الراهن موسرًا ، فإن وقعت قبل قبض الرهن فهي صحيحة وإن وقعت بعده ، فإن كان الدين مما يعجل قُضي على الراهن بفك الرهن ، وتعجيل الدين ، ودفع الرهن للموهوب له . وإن كان مما لا يعجل بقي في الرهن للأجل ، فإذا قُضي الدين بعد الأجل دُفع الرهن للموهوب له وإلا أخذه المرتهن وبطلت الهبة » .

وتصح الهبة بالقول ، وتتم الهبة بالحيازة ، والقبول [1] شرط فيها ، فالقبول والحيازة معتبران إلا أن القبول ركن ، والحيازة شرط في تمامها [2] ، وإن كانت الحيازة بدون إذن

---

(1) بينت المادة 487 من القانون المدني المصري اشتراط القبول لتمام الهبة ، ونصها : « 1 - لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه .

2 - فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه ناب عنه في قبول الهبة وقبض الموهوب .

وهو ما أوضحته المادة 558 من التقنين الأردني التي تنص على مايأتي :

1 - تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض .

2 - يكفي في الهبة مجرد الإيجاب إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو وصيه والشيء الموهوب في حوزته ، وكذا لو كان الموهوب له صغيرًا يقوم الواهب على تربيته . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 160 .

(2) قاعدة : تصح الهبة بالقبول ، وتتم الهبة بالحيازة . والقبول شرط فيها ؛ فالقبول والحيازة معتبران ، إلا أن القبول ركن ، والحيازة شرط في تمامها .

الواهب وأجبر الواهب على تمكين الموهوب له أو ولي أمره من الحيازة قضاء أو إداريًا من الحاكم ، فإن باع أو وهب الموهوب له قبل القبض فلا تبطل الهبة إن أشهد على ذلك وأعلن ، وإن مات الموهوب له قبل علمه بالهبة فلا تبطل ويقبضها وارثه [1] .

ثانيًا : إيسار الموهوب له ، معلوم أن الهبة تمليك ذات بلا عوض لوجه المعطى له فهي زيادة في ماله . ولا يشترط معرفة الموهوب قدرًا وجنسًا فقد نص الفقهاء على أنه تصح هبة المجهول عينًا وقدرًا ولو خالف ظنه بكثير فمن قال : وهبتك ما في جيبي فإذا فيه مبلغ كبير زائد عن المعتاد فلا رجوع له ؛ ووجب عليه تسليمه للموهوب له ، وقيل : له الرجوع فيما زاد عن المعتاد .

ثالثًا : يكون تجرد الواهب ويسار الموهوب له بدون رجوع أصالة ولكن يجوز : أولًا : للأب اعتصار الهبة (استرجاعها) من الولد الحر الذكر والأنثى صغيرًا أو كبيرًا غنيًا أو فقيرًا [2] .

---

(1) يقول ابن رشد : [وأما الهبة فلا بد من الايجاب والقبول فيها عند الجميع ، ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه ، وأما الشروط فأشهرها القبض] . بداية المجتهد جـ 2 ص 329 الشرح الصغير جـ 3 ص 340 .

(2) تناولت المادة 500 من القانون المدني المصري جواز رجوع الواهب في هبته واعتصارها من حيث المبدأ إلا إذا وجد عذر يمنع من الرجوع فيها . وهو ما أخذت به المادة 471 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .

وهو ما تناولته كذلك المادة 620 من التقنين العراقي التي تنص على أن : « للواهب أن يرجع في الهبة برضاء الموهوب له ، فإن لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقيق سبب مقبول ، مالم يوجد مانع من الرجوع .

وكذا المادة 576 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

1 - اللواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له .

2 - وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له ، فإن لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند إلى سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع .

وكذا المادة 537 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 - لا يجوز للواهب الرجوع في هبته ، إلا الأبوين فيما وهباه لولدهما » .

ولم تتفق مذاهب الفقه الإسلامي في جواز الرجوع في الهبة :

فالمالكية والشافعية والحنابلة لا يجيزون الرجوع في الهبة إلا في حالة واحدة ، هي حالة هبة الوالد لولده . وهي ما تسمى عند المالكية باعتصار الهبة (انظر في مذهب مالك : الخرشي جـ 7 ص 113 - 115) .

أما عند الحنفية فالموهوب له يملك الموهوب ملكًا غير لازم ، فيجوز للواهب الرجوع في هبته على ألا تتعارض مع حقه في الرجوع حق آخر ، أي على ألا يوجد مانع من الرجوع يبطل حقه (انظر : السرخسي جـ 12 ص 53 و 54 . البدائع جـ 6 =

وكذلك للأم حق اعتصار ما وهبت لولدها بشرط أن يكون صغيرًا ذا أب ؛ فلا اعتصار من يتيم ، فإن وهبت كبيرًا فلها الرجوع .

ويشترط في صحة الرجوع للوالدين أن لا تكون الهبة لثواب الآخرة ، وإلا فلا اعتصار لهما [1] .

ثانيًا : يجوز للواهب الرجوع في الهبة متى اشترط الرجوع فيها سواء أكان الموهوب له قريبًا أم أجنبيًّا . وقال بعض المتشرعين : لا يجوز الرجوع في الهبة مع شرط الرجوع .

ويشترط في الرجوع في الهبة مطلقًا أن لا تفوت الهبة بهبة أو بيع ، أو بتغير كلي في الذات (لا بحوالة سوق) ؛ بل بزيادة في الذات ، أو بنقص فيها وبشرط أن لا يُنكح الولد أو يداين للهبة ، أو يمرض الولد الموهوب له ، أو يمرض الواهب إلا أن يهب على هذه الأحوال .

رابعًا : نية الإنعام (الهبة) : كل عمل يحتاج لنية غير أنها قد تكون شرطًا في أداء بعض التكاليف فمثلًا الصلاة وأعمال الوضوء والغسل لابد فيها من النية وإلا لا تصح .

وأداء الدين ورد العارية والوديعة مثلًا لا تحتاج إلى نية ؛ لأنها مجرد عمل فقط .

والعقود التي تكون نظير عوض يجب أن تكون بإرادة كاملة من الطرفين . والإرادة الكاملة يجب أن تصحبها نية إمضاء العقد ؛ لأن هذا يستتبع حرية الإرادة . والعقود التي لاعوض فيها تستلزم إرادة الفعل ، فلو وهب أو أعار فلا بدِ من إرادة الفعل ، وإلا فلا تصح ؛ ولذلك أبطلوا الهبة من السفيه والصبي لعدم تمام إرادته حتى ولا يصح لولي أمرهما إجازة هبتهما ؛ لأنها إخراج لمالهما بلا مقابل

= ص 118 . أحمد إبراهيم . التزام التبرعات في مجلة القانون والاقتصاد السنة 3 / ص 52 . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، جـ 5 فقرة 135 . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 165 .

(1) وجاز للأب اعتصار الهبة ، أي أخذها من ولده قهرًا عنه بلا عوض ذكرًا أو أنثى صغيرًا أو كبيرًا ، فقيرًا ، أو غنيًّا ، سفيها ، أو رشيدًا حازها الولد أوْ لا . والأم يجوز لها الاعتصار إذا وهبت صغيرًا ذا أب ، لا يتيمًا فليس لها الاعتصار منه ، وما وهب للولد ، وأريد به ثواب الآخرة فلا اعتصار لها لأنها صارت حينئذ كالصدقة . الشرح الصغير (344/3 ، وما بعدها) .

وهو غير جائز . لهذا كان لابد من إرادة الواهب الكاملة في إرادة الهبة [1] .

بند [39] الوصية

القانون الفرنسي : الوصية عقد به يتصرف شخص في كل أو بعض أملاكه في وقت لا يكون موجودًا فيه ، ويكون له حق الرجوع في هذا التصرف مادام حيًّا .

الصفات الحقيقية للوصية :

أولًا : هذا إشهاد قانوني من طرف واحد . فلا يجب لانعقاد الوصية إلا إرادة الموصي فقط . حقيقة لتتم الوصية وتثمر ثمرتها يجب قبول الموصى له ، لكن لا يشترط أن يكون القبول مصاحبًا لعمل الوصية ، بل يصح القبول أو الرفض بعد وفاة الموصي .

ثانيًا : هذا إشهادُ قانوني بدون مقابل ، بمعنى أن الموصى له يتملك ما أوصى به إليه بدون بذل أي مقابل .

ثالثًا : هذا إشهادُ آخِرِ إرادة للموصي ؛ لأن الغرض منها استفادة الموصى بعد وفاة الموصي فلا يستفيد منها حال الحياة حتى ولا الموصي نفسه بعنوان كونها وصية .

رابعًا : هذا إشهاد يمكن الرجوع فيه من أساسه ، بمعنى أنه مادام الموصي حيًّا فوصيته تعتبر مشروع تمليك للموصى له ، ويكون للموصي حق الرجوع فيها كلها أو بعضها أو اشتراط شروط أو حذفها ، وتصبح نهائية لا رجعة فيها بموت الموصي .

خامسًا : هذا إشهاد علني ، بمعنى أنه يجب أن يستوفي شروطًا خاصة عند تحريره قد حددها القانون ، فلو ادعى وصية شفوية لا يصح بل يجب أن تكون تحريرية .

مشابهة الوصية والهبة :

بين الهبة والوصية تشابه في عدة وجوه :

1 - أنهما يرتبان إحسانًا .

2 - كلاهما خاضع إلى شروط نص عليها القانون .

---

(1) يقول ابن رشد : [ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب : جواز الاعتصار في الهبة وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجمهور علماء المدينة إلى أن للأب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستحدث دينًا ، ولم يترتب عليه حق الغير ، وأن للأم أيضًا أن تعتصر ما وهبت إن كان الأب حيًّا] بداية المجتهد جـ 2 ص 332 الشرح الصغير جـ 3 ص 343 .

3 - أهلية التصرف في الهبة والوصية وقبولهما واحدة .

وتختلف الوصية والهبة فيما يأتي :

1 - الهبة عقد يجب فيه تلاقي إرادتين الواهب والموهوب له في وقت واحد لشخصين ، وأما الوصية فهي عمل شخص واحد من جانب الموصي فقط .

2 - الهبة ينتفع بها حال حياة الواهب ، والوصية ينتفع بها بعد وفاة الموصي وتحقق حياة الموصى له بعده .

3 - الهبة لا يصح الرجوع فيها بخلاف الوصية فيصح الرجوع فيها إلى وفاة الموصي .

4 - الهبة يجب أن تكون بإشهاد أمام مسجل العقود ، والوصية يصح أن تكون بإمضاء عرفي [1] .

بند [40] الوصية

التشريع الإسلامي : الوصية عقد يوجب حقًّا في ثلث مال عاقده يلزم بموته ، أو عقد يوجب نيابة عن الموصي بعد وفاته [2] .

وهو عقد يصح الرجوع فيه مادام الموصي حيًّا [3] .

والوصية إنما تكون في الثلث فقط فإن كان للموصي ورثة فلا يصح له الإيصاء بما زاد عن الثلث إلا إذا أجازها الوارث بعد وفاة الموصي [4] ، وقد أجيزت الوصية للوارث وتنفذ بدون إذن أحد في حدود ثلث التركة (قانون المواريث الجديد) .

فإن لم يكن للموصي ورثة فقيل : لا يصح له الإيصاء بما زاد على ثلث التركة ؛

---

(1) انظر : البنود 893 : 900 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 198 : 200 .

(2) الوصية مشتقة من وصيت الشيء إذا وصلته كأن الموصي لما أوصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف . الخرشي على مختصر خليل (167/8) .

يقول المواق قال ابن عرفة : « الوصية في عرف الفقهاء عقد يوجب حقًّا في ثلث عاقده يلزم بموته أو يوجبه نيابة عنه بعده » . التاج والإكليل جـ 6 ص 364 مواهب الجليل جـ ص 364 بداية المجتهد جـ 2 ص 334 الشرح الصغير جـ 4 ص 181 .

(3) قاعدة : الوصية عقد يصح الرجوع فيه مادام الموصي حيًّا .

(4) بطلت الوصية بزائد الثلث ، وإن أجيز الزائد على الثلث أي أجازه الورثة فعطية منهم . الشرح الصغير (179/4) .

لأن بيت المال وارث ، ولبيت المال حينئذ طلب إبطال الوصية في الثلثين ، وهذا القول هو المعتمد . وقيل : يجوز لمن لا وارث له أن يوصي بكل تركته ، وليس لبيت المال أن يعترض ؛ لأن بيت المال يجمع المال الذي لا صاحب له ، والموصى له يملك التركة بالوصية فهي صحيحة على هذا القول وإن كان ضعيفًا [1] .

والصفات الحقيقية للوصية هي :

أولًا : أنه إيجاب من جانب واحد وهو الموصي قبل وفاته . ولا دخل للموصى له في الإيجاب إطلاقًا ؛ بل يجوز أن لا يعلم بالوصية له إلا بعد وفاة الموصي ، ولكن قبول الموصى له البالغ الرشيد المعين أو من يتولى أمره شرط في وجوب الوصية وتنفيذها بعد الموت [2] .

فقبول الموصى له ورفضه قبل الموت لغو . فالملك تنتقل للموصى له بالموت ؛ فإن قبل أو أجاز وصية لوارث أو أجاز بما زاد على الثلث وكان قبوله قبل وفاة الموصي فلا تلزم الإجازة ، ولا يكون قبوله متممًا للوصية بعد الوفاة ؛ لأن هذه التصرفات لم تصادف محلًا فلا يعتد بها . وسيأتي بيان ذلك وشروطه .

ثانيًا : هذا تصرف بلا معاوضة أو بدون مقابل . فملكية الموصى له للوصية تتم بالموت بدون أن يدفع شيئًا أو بتعهد بشيء . فهي ملكية بلا مقابل .

ثالثًا : هذه إرادة للمتوفى حال حياته ، فإن بقيت إلى مماته فهي آخر إرادته فلا يستفيد منها الموصى له ما دام الموصي حيًا وإلا كانت هبة ، ويستفيد منها الموصي مادام حيًا ، فإن باعها أو تصرف فيها بما أفناها وكانت معينة فيعتبر رجوعًا من الموصي في وصيته [3] .

رابعًا : هذا إشهاد أو عقد يمكن الرجوع فيه ؛ لأن عقد الوصية مقيد بوفاة الموصي ، فلو

---

(1) اتجه الأحناف والحنابلة إلى إعطاء بيت المال مركزًا متأخرًا في أيلولة التركة عليه بعد ذوي الأرحام ومن يرد عليهم ، لكن أخذ المالكية في نظام الميراث عندهم بأيلولة التركة كلها إلى بيت المال إذا لم يوجد أحد من العصبة ولم يوجد من أصحاب الفروض من تستغرق فروضهم التركة كلها . وقد تقدمت الإشارة لذلك بتفصيل أكثر من هذا .

(2) راجع مثلًا مواهب الجليل جـ 6 ص 364 وما بعدها التاج والإكليل جـ 6 ص 364 وما بعدها بداية المجتهد جـ2 ص 334 وما بعدها .

(3) تبطل الوصية برجوع الموصي عن وصيته لأنها تصرف بالتبرع ، وهو ما نصت عليه المادتان 220 ، 221 من قانون الأحوال الشخصية السوري ، والمادة 18 من قانون رقم 71 لسنة 1946 المصري ، ونصها : « يجوز للموصي الرجوع في الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة . ويعتبر رجوعًا عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها . ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به » وهو نص المادة 228 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

لم يمت صح له الرجوع فيه ولو حرم على نفسه الرجوع فله إلغاؤها وإدخال شروط عليها وإلغاء بعضها كما يشاء . ومتى توفى أصبحت عقدًا نهائيًا لا رجعة فيه إلا إذا خالفت نصًّا شرعيًا يستوجب البطلان أو كانت متوقفة على إجازة من له حق الإجازة فيها .

ولا يشترط أن يكون بإشهاد رسمي بل يكفي فيها الإشهاد على الوصية ، وقد تكون كتابة عرفية أو مجرد إشهاد ببينة شرعية . فيصح ادعاء وصية شفوية ، ويصح إثباتها بالأدلة الشرعية الصحيحة . هذا في مذهب الإمام مالك ، وفي قانون الوصية الجديد لابد عند الإنكار من إشهاد رسمي أو مكتوب بخط وإمضاء الموصي .. إلخ فارجع إليه [1] .

مشابهة الوصية والهبة :

تشبه الهبة الوصية في أن كلًّا منهما إحسان بدون مقابل . وأنه لا يشترط لصحتها تقابل إرادتين في وقت واحد فهما توجدان أولًا بإرادة الواهب أو الموصي ، ثم يتوقف كمالهما على القبول من الموهوب له والموصى له .

ويختلفان في أن الهبة يكون الانتفاع بها ناجزًا يعني ليس بعد الوفاة ، والوصية يكون الانتفاع بها بعد وفاة الموصي . ويختلفان في الشروط المطلوبة في كل واحدة والهبة يصح الرجوع فيها متى شرط ذلك في عقد إيجادها [2] . والوصية متى تحققت بعد الوفاة لا رجوع فيها لأحد ما دامت صحيحة [3] . وأما قبل تحقق وجودها في زمن حياة الموصي فهو مشروع تمليك لا تمليك بالفعل .

والهبة يصح أن تكون بإشهاد وبغيره كالوصية سواء بسواء غير أن نظم الحياة

---

(1) يقول الدردير : « الهبة من التبرعات المندوبة كالصدقة لما فيها من المحبة وتأليف القلوب ، وهذا إن صح القصد . وهي تمليك من له التبرع ذاتًا بلا عوض » ويقول عن الوصية : « الوصية مندوبة ولو لصحيح لأن الموت ينزل فجاة » راجع للمقارنة بينهما الشرح الصغير جـ 3 ص 339 ، جـ 4 ص 181 وبداية المجتهد جـ 2 ص 334 ، جـ 2 ج 337 وقد نصت المادة الثانية من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 على أنه « لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها بعد وفاة الموصي في الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الإفرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى . وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الإفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصي إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى ، وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقًا على توقيع الموصي عليها » . ويتفق هذا بوجه العموم مع المادة 214 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

(2) قاعدة : الهبة يصح الرجوع فيها متى شرط ذلك في عقد إيجادها .

(3) قاعدة : الوصية متى تحققت بعد الوفاة لا رجوع فيها لأحد ما دامت صحيحة .

الحاضرة تقضي بعمل إشهاد شرعي للهبة خوف التداعي وخصوصًا بعد وفاة الواهب . وأما الوصية فيصح أن تكون بخط الموصي أو بإمضائه أو ختمه ، وشروطها ستأتي .

بند [41] القواعد العامة للهبة والوصية

القانون الفرنسي :

أولًا : إرادة المنشئ أو المتصرف : القاعدة العامة لكي توجد الهبة والوصية يجب أن يكون الشخص سليم العقل . وفي المادة 504 مدني أنه لا يجوز للوصية مهاجمة إشهاد صدر من المتوفى بهبة أو وصية حال حياته ، بدعوى أن المتوفى لم يكن مالكًا لقواه العقلية إلا في حالتين :

(1) إذا صدر حكم أو رفعت الدعوى بذلك قبل موته .

(2) إذا كان التصرف المذكور يحمل دليله منه بتغير عقلية المتصرف . ولكن المادة 901 جاءت ملغية لذلك ، فيجوز إذن طلب إلغاء هذا التصرف ولو لم يوجد شرط من هذين الشرطين ، ويتكون عدم سلامة العقل من تغيب الفهم أو الإدراك لأي سبب كان ؛ ولذا كان كل نقص في إرادة المتصرف من خطأ أو إكراه أو غش سببًا في طلب إلغاء هذا التصرف . ويجب في الخطأ الذي يكون سببًا في الإلغاء أن يحمل على الشخص المنتفع نفسه ، كما لو أراد أن يهب أو يوصي لزيد فأخطأ ووهب أو أوصى لبكر .

ثانيًا : أهلية التصرف والقبول : قبل التكلم في هذا الموضوع يجب ملاحظة ما يأتي :

1 - الأهلية هنا تكون القاعدة ، وعدم الأهلية يكون الاستثناء ، كما في القانون العام فتكون المستثنيات محدودة .

2 - عدم الأهلية ثلاثة أنواع :

(أ) عدم أهلية التصرف المطلق ، وهو عدم صفة للشخص لإمكان الإعطاء لأي شخص كان .

(ب) عدم أهلية القبول المطلق ، وهو عدم وجود صفة للشخص لإمكان قبول أي عطاء في أي شخص كان .

(جـ) عدم أهلية التصرف والقبول الخاصين ، وهي التي تحدد الأهلية في التصرف وفي القبول .

3 - عدم الأهلية قد يرجع إلى عدم جواز استعمال نفس الحق أو إلى عدم جواز

استعماله أو التمتع به بدون مساس بأساسه . والتكلم في هذا الباب يرجع إلى عدة مسائل وذلك .

(أ) في عدم أهلية التصرف المطلقة :

تجب التفرقة بين عدم أهلية التمتع وعدم أهلية الاستعمال .

أولًا : عدم أهلية التمتع بالحق : الأشخاص الموضحون بعد محرومون من التمتع حتى في أهلية التصرف بدون تدخل أحد معهم أو حضور شخص ثالث ، وهم القصر ، والمحجور عليهم قضائيًا ، والموضوعون في مصحة عقلية ، والمحكوم عليهم بعقاب جنائي مؤبد . وتفصيل ذلك :

1 – القصر ، القاعدة أن القاصر الذي فكت وصايته ، أو لم تفك غير أهل في الأصل في التصرف بدون عوض في ملكه . فيكون ذلك بالنسبة له عدم أهلية في التمتع . فالوصي لا يمكنه عمل إشهاد الهبة أو الوصية بدل القاصر الذي لم تفك وصايته . والذي فكّت وصايته ولم يبلغ الرشد لا يمكنه عمله بأي حال . ويستثنى من ذلك :

(أ) الوصية : فيجوز للقاصر الذي بلغ ست عشرة سنة كاملة عمل وصيته بشرط أن تكون في نصف ما يصح للراشد عمله ، فإن زادت ألغى ما زاد ، وصحت في الباقي .

(ب) الهبة : يجوز للقاصر الذي يتعاقد على الزواج أن يهب لزوجته بشرط أن يكون في عقد ترتيب أموال الزوجية وبشرط حضور من يكون رضاهم بالزواج شرطًا لصحته .

2 – المحجور عليهم قضائيًا والموضوعون في مصحات عقلية : لا يجوز لهم عمل وصية أو إعطاء هبة .

3 – المحكوم عليهم بحكم جنائي مؤبد : لا يجوز لهم عمل وصية ولا إعطاء هبة ، ولا يجوز لهم قبول هبة أو وصية ، فهم ممنوعون من التصرف ومن القبول . أما المحكوم عليهم بعقاب جنائي مؤقت فهم ممنوعون قانونًا من الهبة للغير لكن لهم الحق في عمل وصيتهم .

ثانيًا : عدم أهلية الاستعمال : الأشخاص الآتية بعد ممنوعون من أهلية الاستعمال بأنفسهم من التصرف في أملاكهم بدون حضور بعض أشخاص وذلك .

1 – المرأة المتزوجة : لا يجوز للمرأة المتزوجة الهبة من أملاكها بدون إذن خاص من زوجها ، فإن لم يكن موجودًا فبإذن من القضاء ، وبالعكس في الوصية فلها الحق في عمل وصيتها بحرية بدون احتياج لإذن زوج أو قضاء ؛ لأن نتيجة الوصية تظهر بعد الموت فلا تكون هناك سلطة الزوج .

2 – الأشخاص المعين عليهم مستشار قضائي : لا يجوز لهم هبة في أملاكهم إلا بحضور مستشارهم القضائي . وأما الوصية فيجوز لهم عملها بدون حضور أحد .

ب – عدم أهلية القبول المطلقة :

تجب التفرقة بين أهلية التمتع بالقبول وعدم أهلية الاستعمال .

أولًا : عدم أهلية التمتع بالقبول : الأشخاص الموضحون بعد محرومون من حق التملك بطريق الهبة أو الوصية .

(1) الأشخاص الذين لم يوجدوا في بطون أمهاتهم ليسوا أهلًا للقبول فيكفي في الهبة أن يكون محمولًا به وقت الهبة ويكفي في الوصية أن يكون محمولًا به في وقت وفاة الموصي .

(2) الأشخاص الذين ولدوا أمواتًا أو أحياء وحياتهم غير ممكنة ليسوا أهلًا للقبول . فلا يكفي أن يكونوا أحياء في بطون أمهاتهم وقت الهبة أو وقت وفاة الموصي . بل يجب أن يولدوا أحياءً حياة ممكنة ، فلو ولدوا أمواتا أو ولدوا أحياءً حياتهم غير ممكنة اعتبروا كأن لم يكونوا ، ولا يعتبرون مالكين للهبة ولا للوصية .

(3) المحكوم عليهم بعقاب جنائي مؤبد ممنوعون من قبول هبة أو وصية .

ثانيًا : عدم أهلية الاستعمال : القاصر الذي لم تفك وصايته لا يجوز له قبول الهبة ولا الوصية . ولكن الذي يقبلهما له هو وصيه بإجازة مجلس العائلة لذلك .

القاصر الذي فكت وصايته يجوز له قبول الهبة والوصية بإجازة المشرف عليه .

وأصول القاصر الذي فكّت وصايته والذي لم تفك وصايته يجوز لهم قبول الهبة والوصية لمن لهم عليه ولادة ولو لم يكونوا أوصياء .

والمحجوز عليه قانونًا يقبل عنه وصيه بإجازة مجلس العائلة سواء الهبة أو الوصية . والأشخاص المعين لهم مستشار قضائي يجوز لهم قبول الهبة والوصية بدون حضور أحد .

والمرأة المتزوجة لا يجوز لها قبول الهبة ولا الوصية إلا بإذن زوجها أو القضاء في حالة التفريق الجسماني .

والشخص الأبكم الأطرش يقبل من نفسه إن كان يكتب ويقرأ ، أو يقبل عنه شخص يعين لذلك ، وإلا قبل بوجود مشرفه كالصبي الذي لم تفك وصايته .

حـ - عدم أهلية التصرف والقبول الخاصة :

صفات عدم الأهلية : عدم الأهلية هنا التي تمس بعض الأشخاص نحو بعض الأشخاص الآخرين هي عدم أهلية التمتع ، علاوة على عدم أهلية الاستعمال . والأشخاص عديمو الأهلية في التصرف والقبول فيما بينهم هم :

أولًا : الولد الطبيعي : عدم الأهلية بين الولد الطبيعي وأمه وأبيه تكون في التصرف والقبول بشرط أن يعترف به أبواه ، فإن لم يعترفا به جاز أخذ الهبة بلا قيد ولا شرط ؛ فالهبة إلى الولد الطبيعي المعترف به من أبويه يجب أن لا تزيد عن نصيبه المقدر له قانونًا في الميراث . فإن زاد ألغي ما زاد . والوصية تجوز بلا قيد سوى أن الولد الطبيعي لا يترك له نصيب يزيد عن نصيب الولد الشرعي ، فنتج عن ذلك :

(1) أنه يجوز أن يترك للولد الطبيعي نصيب ، كما يترك للولد الشرعي .

(2) إذا ورث الولد الطبيعي مع أصول أبيه جاز أن يترك الزائد عن نصيب الأصول .

(3) إذا ورث الولد الطبيعي مع أعمامه أخاه المتوفى أو إخوته جاز ترك التركة كلها له بدون أن يترك لهم شيء .

فإذا أوصى للولد الطبيعي بما زاد عن النص القانوني المذكور جاز لأصول المعطي أو الموصي ، وفروعه ، ولإخوته وأولاد إخوته الشرعيين طلب إلغاء ما زاد عن المقدر قانونًا . وأما أولاد الزنا وأولاد من حرم زواجهم لقرابتهم بنص القانون فلا تصح

الهبة ولا الوصية بأزيد مما فرض لهم القانون .

ثانيًا : الوصي : عدم أهلية الوصي لقبوله من قاصره . والقاعدة أن القاصر – ولو بلغ 16 سنة ست عشرة سنة – ممنوع من التصرف لصالح وليه . والقاصر الذي بلغ سن الرشد لا يجوز له هبة أو وصية لوصيه ما دام الحساب الختامي للوصايا لم يقدم أو لم يصَفَّ . ويطبق هذا على الوصي وشريكه في الوصايا ومدير تركة القاصر . وقد استثنى القانون من هذا المنع أصول القاصر إذا كانوا أوصياء عليه ، فإنه يجوز للقاصر أن يهب أو يوصي لهم ، لصلة القرابة .

ثالثًا : الأطباء والصيادلة ورؤساء الديانات : ليسوا أهلًا لقبول هبة أو وصية من مريض تولوا علاجه في مرضه الأخير ، ويشترط لذلك :

(1) يجب أن يكون قد نال المريض من المذكورين عناية مستمرة في مرضه الذي مات فيه .

(2) يجب أن تكون الهبة أو الوصية عملت في مدة المرض الذي عالجوه فيه .

(3) يجب أن يكون المريض الواهب أو الموصي قد مات في هذا المرض الذي تبرع فيه . فإن خالف المريض ووهب أو أوصى إلى من ذكر فلا يهاجِمُ هذا التصرفَ إلا ورثةُ المتوفى أو الموصى لهم ، وعلى المحكمة إلغاء هذا التصرف ، ولا يسمع أي دليل معارض مادامت هذه الشروط قد تحققت فيكون التصرف باطلًا .

رابعًا : ضباط البحرية : لا يجوز لضباط البحرية قبول وصايا من المسافرين الذين في سفنهم مدة السفر البحري ما لم يكن قريبًا أو نسيبًا . وتكون وصية المسافرين في حالة المنع لاغية وكأنها لم تكن .

الاحتياط من الاحتيال لخرق القانون :

يمكن إخفاء الهبة في عقد نظير مقابل وهي طريقة العطاء المخفي . ويمكن إخفاء الهبة أيضًا في إعطائها إلى شخص ثالث يوصلها إلى عديم الأهلية في القبول . وهي طريقة العطاء بواسطة شخص آخر والعطاء المخفي في كلتا الحالتين باطل ، ويصح إلغاؤه ببطلان أساسه ، وعلى طالب الإلغاء تقديم الدليل على الهبة المخفية في عقد بعوض أو الهبة بواسطة شخص أهل للقبول ، وللمدعي تقديم الدليل على الهبة أيًا كان حتى الشهادة وقرائن الأحوال .

وقد فرض القانون توسط شخص في إخفاء الهبة في الأحوال الآتية :

(1) أب وأم الشخص عديم الأهلية .

(2) أولاده وأولاد أولاده .

(3) أحد الزوجين . ويفرض القانون في هذه الأحوال أن الهبة حصلت بواسطة هؤلاء الأشخاص إلى الأشخاص المحرومين من أهلية التصرف والقبول الخاص فلا تنطبق على المحكوم عليه بحكم جنائي مؤبد لعدم الأهلية المطلقة [1] .

بند [42] القواعد العامة للهبة والوصية

التشريع الإسلامي : الهبة والوصية يشترط في صحتهما كمال الإرادة في الواهب والموصي ، فلو كان الواهب أو الموصي مجنونًا أو مكرهًا فلا يصح تصرفهما وكذا وصية أو هبة الصغير والسكران غير المميزين حال الإيصاء تكون باطلة [2] .

ويصح لورثة المجنون والمكره والصغير والسكران أن يطلبوا إلغاء عملهم بعد وفاتهم . ويجب إقامة الدليل على صحة هذه الدعوى . ومتى صح الدليل وجب الحكم بالإلغاء .

وقد يكون الخطأ في الموهوب له كما يكون في الموهوب . أراد أن يهب حمارًا فوهب جملًا أو أراد الهبة لزيد فوهب لعمر ؛ فللواهب الرجوع بيمينه إن لم يكن حصل منه إشهاد وقت الهبة وإلا فيعمل به ، فإن لم يحصل إشهاد فعليه اليمين على صحة ما يدعي .

أهلية التصرف وأهلية القبول :

عدم أهلية التصرف : الذي له التبرع وهو من لاحجر عليه هو الذي تصح هبته فالسفيه والصبي والمدين المستغرق ماله ، والسكران والمريض والزوجة فيما زاد عن الثلث والمجنون والمرتد ليس لهم حق الهبة [3] .

---

(1) انظر : البنود 901 إلى 912 في الباب الثاني ، في الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 200 ، 202 .

(2) اتفقوا في الموصي على أنه كل مالك صحيح الملك ، ويصح عند مالك وصية السفيه ، والصبي الذي يعقل أقرب ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز وصية الصبي الذي لم يبلغ . بداية المجتهد (2/495) .

(3) يقول ابن رشد : « أما الموصي فاتفقوا على أنه كل مالك صحيح الملك . ويصح عند مالك وصية السفيه والصبي الذى يعقل أقرب » . ويقول الدردير : « الهبة تمليك من له التبرع ذاتًا تنقل شرعًا بلا عوض – خرج بقوله من له التبرع الصبي والمجنون والرقيق والسفيه ومن أحاط الدين بماله والسكران » بداية المجتهد جـ 2 ص 334 .

والمجنون والصغير والسكران غير المميزين حال الإيصاء لا تصح وصيتهم [1] ، وذلك :

(1) القُصَّر – القاصر له ثلاثة أدوار : القصَّر الذين لا يعقلون شيئًا من سنة واحدة إلى ثمان [2] سنين تقريبًا لا تصح منهم هبة ولا وصية فهم ممنوعون من التصرف ومن القبول ، ويقع عملهم باطلًا أصالة ولا تلحقه الإجازة من ولي أمرهم ، لأنه لا وجود له .

والقصر الذين يعقلون ويقاربون عشر سنين تصح وصيتهم ولا تصح هبتهم لأن الحجر عليهم لحقٍّ أنفسهم فلو حجر عليهم في الوصية لكان لحق الغير وهم الورثة .

وتقول المدونة : وتصح وصية ابن عشر سنين فأقل مما يقاربها إذا أصاب وجه الوصية ولم يكن فيه اختلاط .

وكذلك الحكم فيمن لم يبلغ سن البلوغ الشرعي وهو 18 عامًا في مذهب الإمام مالك .

ولا يملك الولي والوصي عمل وصية القاصر ولا الهبة من ماله إلا اليسير المتعارف ، لأنه لا يجوز التصرف في مال القاصر إلا بعوض [3] .

عقد نكاح الصغير عقد بعوض موقوف على إجازة الولي لما يراه من مصلحة ، وعقد النكاح فيه مهر دون هبة ، فنظر الولي مرجعه المصلحة فإن وجدت أجازه ، وإن غابت رده . وهبة الصغير لزوجته كهبته لأي شخص آخر ممنوعة مالم يجر بها عرف ، أو تكون مشروطة في عقد زواجه الذي أجازه وليه .

---

(1) تناولت المادة 45 من القانون المدني المصري أحكام تصرفات غير المميز ونصها : « 1 – لا يكون أهلًا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .

2 – وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدًا للتمييز » ويتفق ذلك مع ما جاءت به المادة 51 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 97 مدني عراقي والمادة 118 مدني أردني .

(2) التحديد بثمان سنين الذي يذكره المؤلف مما لا أعرف مصدره إلا إذا كان قصده استيفاء الصغير السنين السبع وعدم دخول الغاية وما بعد إلى فيما قبلها .

(3) قاعدة : لا يجوز التصرف في مال القاصر إلا بعوض .

ووصية الصغير ليست محددة إلا بثلث ماله [1] كالكبير لأنه إما وصية جائزة ، وإما وصية ممنوعة وحيث أجازها المشرع وجب انصرافها إلى الوصية المحددة في التشريع الإسلامي وهو ثلث مال الموصي .

المحجور عليهم لسفه أو لعته أو لجنون :

المجانين لا يصح لهم وصية ولا يصح لهم هبة متى كان الجنون مطبقًا ، فإن كان الجنون متقطعًا صح له هبة وقت تعقله بشرط أن يجيزه وليه أو قيِّمُه . وصحت وصيته وقت تعقله متى أصابت وجه الوصية ولم يكن فيها اختلاط [2] .

وأما السفيه فلا تصح هبته ولا الهبة عنه ؛ لأنه تصرف بلا عوض وهو غير جائز . وأما وصيته فهي صحيحة فلا يحجر عليه لحق الغير وهم الورثة [3] .

والشرط في صحة وصية السفيه والصغير عدم تناقضهما في قولهما (وهو شرط

(1) قاعدة : وصية الصغير ليست محددة إلا بثلث ماله .

(2) تناولت المادة 114 مدني مصري ، والمادة 99 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية الحكم ببطلان تصرفات المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجز عليه وهو ما جاءت به المواد 107 مدني عراقي ، 128 مدني أردني ، ويتفق ذلك مع أحكام الفقه الإسلامي طبقًا لما عبرت عنه المواد 978 ، 979 ، 980 من مجلة الأحكام العدلية .

(3) تناولت المادة 101 من القانون المدني المصري الحكم بالوقف على تصرف السفيه وذي الغفلة ، وذلك ليتسق حكمها مع حكم المادة 67 من القانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بأحكام الولاية على المال . وهي تنص على أنه « يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة أو بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري في شأن القاصر المأذون .

وتطابق في حكمها المادة 130 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

1 - « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحًا متى أذنته المحكمة في ذلك .

2 - وتكون أعمال الإدارة الصادرة عن المحجور عليه لسفه المأذون له بتسليم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمتها الجهة التي أصدرت الإذن » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة 109 من التقنين العراقي التي تنص على أنه : « تصح وصايا السفيه بثلث ماله » . وكذلك المادة 110 من هذا التقنين التي تنص على أن : « ذو الغفلة حكمه حكم السفيه » .

وتقابل المواد 102 و 103 و 104 من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة 273 من مرشد الحيران التي تنص على أن المحجور عليه حجرًا قضائيًا لسفه تصح تصرفاته في وصاياه بالقرب من ثلث ماله إن كان له وارث . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 24 .

حتى في البالغ) . والمعتوه كالسفيه لأن العته ضعف التفكير في العواقب وسهولة الانخداع للغير فيلحق بالصغير والسفيه فلا تصح هبته وتصح وصيته بشروطها .

المحكوم عليهم بحكم جنائي مؤبد أو مؤقت يجوز لهم الهبة والوصية ، لأن الحكم بالسجن لا يسلبهم أهلية التصرف ، لأن السجن منصب على العقاب الجسماني والحرمان من الكماليات في الحياة ، والإذلال والانفراد ، لا في أهلية التصرف لأنها راجعة إلى الكمال الشخصي من عقل ورشد ، وهما باقيان حتى مع الحكم بالسجن .

غير أن السجين محرم عليه لقاء أي شخص ، والتعامل مع أي شخص آخر ، إلا بإذن خاص تحت رقابة خاصة ، فله أن يبيع ويرهن ويهب ويعمل وصيته بدون تدخل في شئونه .

على أن محكمة الجنايات تُغْني بتعيين قيم على من يحكم عليه جنائيًا إن كان له مصالح تقتضي الرعاية . فإن لم تفعل المحكمة كان لأهل المحكوم عليه طلب عمل توكيل منه لإدارة أعماله . وأما الحكم في حد ذاته فلا يكون سببًا لسلب أهلية التصرف من الشخص كامل العقل والرشد ، لأنه جنى جناية فحُكم عليه بسببها .

عدم أهلية الاستعمال :

المرأة المتزوجة : ليس للمرأة المتزوجة الحق في الهبة من أملاكها فيما زاد على الثلث ، إلا إذا أجازه الزوج (مذهب الإمام مالك) أو وليه ، ولو قصدت الضرر بالزوج عند ابن القاسم [1] . وروي عن مالك رد الثلث إذا قصدت بذلك ضرر الزوج . واختاره ابن حبيب [2] ، ومحل الحجر عليها إذا كانت الهبة لغير الزوج . فإن كانت الهبة له فلا حجر عليها ولو بجميع ما تملك . وأما في الوصية فهي صاحبة الحق المطلق في عمل وصيتها كما تشاء في حدود ثلث ما تملك كشرط كل وصية .

---

(1) هو عبد الرحمن بن القاسم عالم الديار المصرية وفقيهها ، أبو عبد الله العتقي مولاهم المصري صاحب مالك الإمام . روى عن : مالك وعبد الرحمن بن شريح ، وغيرهم . روى عنه : إصبغ ، والحارث بن مسكين ، وغيرهم . قال النسائي : ثقة مأمون . توفي سنة 191 هـ . الذهبي في الكاشف 160/2 ، والذهبي في تذكرة الحفاظ 356/1 ، والذهبي في سير أعلام النبلاء 73/8 .

(2) هو ابن سحنون ، فقيه المغرب ، محمد أبو عبد الله ابن فقيه المغرب عبد السلام سحنون من سعيد التنوخي القيرواني شيخ المالكية . تفقه بأبيه : له مصنف كبير من فنون من العلم ، وله كتاب السير في عشر مجلدات وغيره وتوفي سنة 265 هـ . سير أعلام النبلاء 466/10 .

المريض : تصرف المريض حال مرضه جائز في الهبة في ثلث ماله [1] ولا يجوز في الزائد عن الثلث . والحجر على المريض في غير تداويه ومؤنته . ومن قبيل التبرعات النكاح والخلع فيمتنع منه كما يمنع في التبرعات وصحت وصيته في الثلث أيضًا مالم يتناقض فيها .

المدين : متى أحاط الدين بشخص منع من التصرف بغير عوض ؛ فلا تجوز له هبة إلا بإذن دائنيه . وأما وصيته فتجوز في ثلث ما يبقى بعد سداد الديون [2] .

المعين عليهم مشرف قضائي : ليس هذا التشريع موجودًا في التشريع الإسلامي . ورد الزوج إيقاف على المعتمد كما هو مذهب المدونة ، ورد إبطال عند أشهب . وأما رد الغرماء فهو رد إيقاف باتفاق . ورد الولي والوصي رد إبطال باتفاق [3] .

عدم أهلية التمتع :

ذكر المشرع الوضعي أن الأشخاص الآتين ليسوا أهلًا للقبول ، يعني محرومين من حق التملك بطريق الهبة أو الوصية . وحكم التشريع الإسلامي كالآتي :

أولًا : الأشخاص الذين لم يولدوا في بطون أمهاتهم تصح الوصية لهم ، إن كانوا في بطون أمهاتهم . بل تصح الوصية لحمل سيوجد ، فيؤخَّر الموصى به للحمل والوضع أو للوضع . فإذا وضع واستهل صارخًا أو كثر رضاعه أو نحو ذلك مما يدل على تحقق حياته أخذ الموصى به وإلا رد لورثة الموصي .

فالاستهلال شرط في الاستحقاق لا في صحة الوصية . وقرر الأجهوري [4] من المتشرعين في مذهب الإمام مالك أن الاستهلال شرط في صحة الوصية ، وإلا بطلت .

(1) اختلفوا في حال المريض ، فقال الجمهور : « إن له الهبة في ثلث ماله تشبيهًا لها بالوصية وقالت طائفة من الجمهور : إن هبته تخرج من رأس ماله إذا مات . بداية المجتهد (485/2) .

(2) للغريم منع من أحاط الدين بماله من تبرعه بهبة ، وصدقة ، وحبس ، وإخدام ، وحمالة . الشرح الصغير (187/3) .

(3) يقول الدردير : « وخرج بقوله من له التبرع الصبي والمجنون والرقيق والسفيه ومن أحاط الدين بماله والسكران وكذا المريض والزوجة فيما زاد على ثلثهما إلا أن هبتهما فيما زاد على الثلث صحيحة موقوفة . ويقول ابن رشد : « أما الموصي فاتفقوا على أنه كل مالك صحيح الملك » الشرح الصغير جـ 3 ص 339 بداية المجتهد جـ 2 ص 334 .

(4) أبو زيد عبد الرحمن بن على الأجهوري الفقيه العلامة أثنى عليه الشيخ الشعراني في طبقاته . أخذ عن الشهاب الفيشي ، والشمس والناصر اللقانيين وبهما تفقه جماعة من الفضلاء نحو المائة ، له حاشية على مختصر خليل توفي في صفر سنة 957 . شجرة النور الزكية ص 280 رقم 1051 .

وأما الهبة للذين لم يوجدوا فهو عقد ناجز يشترط فيه الحوز من الموهوب له أو من يقوم مقامه ويمثله ؛ فالهبة لغير الموجود وقت الهبة ولو حكمًا ، كالحمل باطلة . فلو وهب لحمل صح بشرط وجوده وتحققه وقت الحمل وعلى وليه أو أبيه حوز الموهوب له باسمه لتصح الهبة [1] .

ثانيًا : الأشخاص الذين ولدوا أمواتًا أو أحياء حياتهم غير ممكنة . ففي الهبة المحازة لهم ممن يمثلهم تكون ميراثًا لورثتهم ؛ لأن العقد في الهبة ملزم بالقول ويتم بالقبض أو الحوز ، والحوز للحمل ممن يمثله حوز صحيح ، فقد ملك الحمل الهبة ، فإذا ولد ميتًا أو ولد حيًّا غير مستقر الحياة ورثه ورثَتُهُ في الهبة [2] .

وقيل : لا تتم الهبة إلا بالحوز بالفعل من الموهوب له إذا كان موجودًا بالفعل . فإذا ولد الموهوب له ميتًا أو كانت حياته غير حقيقية كأن بال أو عطس فقط ، وكان تكوين خلقته لاتصح معه الحياة طبيًّا ، فقد بطلت الهبة وعادت للواهب أو لورثته . وأما الوصية فيشترط ولادته وتحقق حياته حتى تتم الوصية . فإن ولد ميتًا أو ولد حيًّا غير مستقر الحياة بطلت الوصية وعادت ميراثًا لورثة الموصي .

ثالثًا : المحكوم عليهم بعقاب جنائي مؤبد غير ممنوعين من قبول الوصية أو الهبة .

عدم أهلية الاستعمال :

القاصر الذي لم تفك وصايته لا يجوز له قبول الهبة ولا قبول الوصية بنفسه . والذي يقبل عنه ويحوز له وصيُّه متى كانت الهبة والوصية من الغير .

(1) تناولت المادة 487 من القانون المدني المصري الحكم باشتراط قبول الموهوب له أو نائبه لتمام الهبة ، مما قد يدل على أن الهبة للجنين غير صحيحة . ونص هذه المادة :

1 – لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه .

2 – وإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب » .

لكن جاءت المادة 460 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة باستحداث فقرة تفيد صحة الهبة للجنين ، ويكون الحق في القبول للولي على ماله . وتستند هذه الفقرة في تصحيح الهبة للجنين إلى نص قانون الولاية على المال على جواز إقامة وصي على الحمل المستكن ، سواء كان الوصي مختارًا أو معينا من قِبَل المحكمة (المادتان 28 ، 29) ، وتستند كذلك إلى ما جاء في المذهب المالكي من تصحيح الهبة للجنين . (أحمد إبراهيم ، التزامات التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثالثة ص 62) .

(2) اختلف العلماء هل القبض شرط في صحة العقد أم لا ، فاتفق بعضهم على أن من شرط صحة الهبة القبض : وقال مالك : ينعقد بالقبول ، ويجبر الواهب على القبض . بداية المجتهد (488/2) .

وصحت [1] هبة ولي من أب أو وصي أو مقدم قاض لمحجوره الصغير أو السفيه أو المجنون فلا تبطل إن بقيت عنده حتى حصل المانع ؛ لأنه هو الذي يحوز له حيث أشهد على الهبة ، إلا أن يهب له مالا يعرف بعينه من معدود أو موزون أو مكيل فلا تصح هبته وحيازته لمحجوره ، وإلا أن يهب دار سكناه لمحجوره واستمر ساكنًا بها حتى مات ، إلا أن يسكن أقلها ويكري أكثرها وإن سكن النصف بطل . وإذا لم يكن للقاصر وصي ، ولا مقدَّمُ قاض ، جاز لأحد أقاربه الأقربين القبول عنه . ووصي القاصر يقبل الهبة والوصية لمحجوره بدون استشارة أحد ولا رجوع إلى رأي أحد .

والقاصر الذي فكت وصايته يقبل الهبة والوصية ويحوزهما لنفسه من غير الرجوع إلى أحد مطلقًا .

المحجور عليه قانونًا يقبل عنه قيّمه بلا إجازة من أحد ، سواء الوصية أو الهبة . ولا شأن للمشرف لا في القبول ولا في الرفض ، لأن المشرف مراقب إدارة القيم ، أو الوصي فقط ، بدون التدخل في أعماله فإن رأى تصرفًا ضارًّا بعديم الأهلية رفع الأمر للهيئة المهيمنة على الوصي أو القيم لتحاسبه فتقيله أو ترى تصرفه حسنًا فتبقيه .

المرأة المتزوجة :

يجوز للمرأة المتزوجة قبول الهبة والوصية أصالة بدون إذن الزوج ولا تدخله ، ولكن إذا رأى الزوج أن الظروف المحيطة بالهبة أو بالوصية تبعث على الريبة وتترك طريقًا للشك في الأسباب الحاملة على هذه الهبة أو الوصية ، وكان يلحق الزوج من جراء ذلك عار أو تهمة في عرضه وشرفه جاز له منعها شرعًا من قبول الهبة أو الوصية .

وصحت هبة أحد الزوجين للآخر متاعًا وإن لم ترفع يد الواهب عنه .

وصحت هبة دار السكنى من الزوجة لزوجها بلا خروج ، لا العكس فلا بد من الخروج . الشخص الفاقد النطق (الأخرس) يقبل عن نفسه بالإشارة إن كانت ممكنة وبأي طريق يمكن معرفة رغبته وإلا قبل عنه قيّمه إن كان ، هذا إذا كان بالغًا رشيدًا ، فإن كان قاصرًا فحكمه كأي قاصر ، وقد سبق إيضاحه [2] .

(1) في الأصل : [.صح] .

(2) خالفت المادة 488 مدني مصري والمادة 461 فيما اشترطتاه من وجود ورقة رسمية للزوم الهبة في العقار . ونص المادة الاخيرة : « 1 - يلزم لانعقاد الهبة فوق الإيجاب والقبول أن تكون بورقة رسمية ، وإلا وقعت =

عدم أهلية التصرف والقبول الخاصة :

نص التشريع الوضعي على أشخاص لا يجوز لهم قبول الهبة ولا الوصية ، وحكم التشريع الإسلامي فيهم كالآتي :

أولًا : الولد الطبيعي : والولد الطبيعي هو الذي لا يستند وجوده إلى فراش شرعي قائم ، ويمنع الزواج بين أمه وأبيه لوجود زواج آخر قائم ، سواء اعترف به أبوه وأمه ، أم لا (تشريع وضعي) .

وفي التشريع الإسلامي الولد الطبيعي هو الذي نشأ عن فراش غير شرعي ، أو عن نكاح لم يدرأ الحد ولم يعترف به الزوج ، فهو ولد الزنا ، فإن نشأ عن نكاح درأ الحد كالغلط أو السهو أو كان نكاحًا بلا شهود أو اعترف به أبوه أنه ابنه واستوفى الاعتراف أحكامه أصبح ولدًا شرعيًا ، كالولد المستند إلى فراش صحيح سواءً بسواء . وقد سبق الكلام على ذلك في النسب ، وفي الميراث فارجع إليه إن شئت .

فما دام الولد طبيعيًا فهو ولد زنى ، فتجوز له الهبة من والديه الحقيقيين ومن غيرهم ، كما تجوز الوصية إليه منهم ومن غيرهم لأنه غير وارث ، ومتى اعترف به أبوه صحت الهبة له ، وبطلت الوصية إليه لأنه أصبح وارثًا والوصية للوارث باطلة [1] . واعتراف الأم بالولد يجعله ولدها ولا يقال فيه ولد شرعي ، أو غير شرعي ، لأنه ولدها من نكاح أو من سفاح يرثها كولدها وترثه كأمه بلا أي فارق بين الأولاد الشرعيين المعروف آباؤهم وأولاد الزنا مجهولي النسب . والذي يحدد الوصية لولد الزنى القانون العام ، يعني أن الوصية له محددة بثلث التركة ، لا تزيد عنه .

وحكم أولاد الزنى هو حكم الأولاد الطبيعيين وهم أولاد الزنى ، لأن ولد الزنى هو الذي لا يستند إلى فراش صحيح ، ولم يعترف به أبوه فيشمل الجميع فتصح الهبة والوصية لهم من أبويهم الحقيقيين ومن غيرهم .

ثانيًا : الوصي : يجوز للوصي وللقيم الهبة لمحجورهما بلا أي قيد أو شرط وهما

= باطلة ، مالم تتم تحت ستار عقد آخر .

2 – ومع ذلك يجوز في المنقول أن تنعقد الهبة بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية . » وهو ما جاء في المادتين 602 ، 603 من القانون المدني العراقي والمادة 525 عراقي .

(1) قاعدة : الوصية للوارث باطلة .

اللذان يقبلان عن القاصر والمحجور عليه نيابة عنهما . وأما الوصية من الوصي أو القيم لمحجورهما فتجوز إذا كان الصغير والمحجور عليه ليس وارثًا منهما ، فإن كان وارثًا فلا تصح الوصية لأنه لا وصية لوارث . وأما هبة القاصر أو المحجور عليه لوصيه ، أو قيمه فغير جائزة إطلاقًا ، لأنها تصرفات بغير عوض ، وهما ممنوعان منها وتصرفات لمن يتهم عليها ، وهو الوصي أو القيم فهي غير جائزة إطلاقًا .

وأما الوصية للوصي أو القيم من القاصر والسفيه فهي جائزة ولا حجر فيها ، اللّهم إلا إذا ثبت حمل القاصر أو السفيه عليها من وصيه أو قيمه ، فتكون غير صحيحة لأن إرادة الموصي غير كاملة وفيها إكراه على عمل الوصية فيصح طلب إبطالها من القضاء .

فإن كان الوصي أو القيم وارثًا للقاصر أو السفيه فلا تصح الوصية لهما لأنهما وارثان ، ولا وصية لوارث [1] .

وللقاصر الذي بلغ سن الرشد أن يهب ما يشاء لمن يشاء بعد بلوغ سن الرشد . والواجب أن تكون الهبة بعد تسليمه نصيبه وجميع حقوقه والإشهاد على ذلك ، وإلا كانت الهبة بإكراه من الوصي أو القيم ليسلم من فكت وصايته لرشده أمواله . ولا يصح ترك باب الإكراه مفتوحًا فيستغله من لا خلاق لهم في ابتزاز أموال الناس بالباطل .

فإن كان الوصي أو القيم من قرابة من فكت وصايته كأب أو جد مثلًا ، فلا تمنع هبته ولو لم يتسلم أمواله ، أو كان العرف والعادة ذلك لرد هبة ثواب (هدية منتظر رد مثلها) فيجوز ذلك .

ثالثًا : الأطباء والصيادلة ورؤساء الديانات وضباط البحرية : كل هؤلاء تجوز الوصية لهم ما لم يحصل تأثير منهم على المريض أثناء مرضه الذي مات فيه لنقص إرادة الموصي ، فإن لم يحصل تأثير من أحد على المريض أو المسافر ، فوصيته في ثلث ما ترك من تركة بعد وفاء الدين .

ولاشك أن إثبات التأثير في مثل هذه الأحوال عسير ، ولكن من ادعى ذلك فعليه عبء الإثبات .

يمكن إخفاء الهبة تحت أي عقد من العقود ، أو أي عمل من الأعمال ، فإن كان الشخص المتصرف بالغًا عاقلًا رشيدًا فلا يمنعه أحد لأنه تصرف فيما يملك ، فإن كان

(1) قاعدة : لا وصية لوارث .

محجورًا عليه لصغر أو سفه أمكن لوليه أو وصيه تُعُقِّبَ هذا التصرف مِمَّن يراه مصلحة له .

فإن كان التصرف لأحد الأقارب المتهم فيهم كانت الشبهة قوية في المحاباة . فكل من ادعى بطلان تصرف من مريض ، وجب عليه تقديم الأدلة بجميع أنواعها بما فيها قرائن الأحوال [1] .

بند [43] الهبات للشخص المعنوي

القانون الفرنسي : يجب التفرقة بين أهلية القبول وأهلية التصرف .

أولًا : أهلية التصرف ، الشخص المعنوي كامل الأهلية ، القاعدة أن الشخص المعنوي كامل أهلية التصرف له صفة التملك بهبة أو بوصية كالشخص الطبيعي سواء بسواء . ومع ذلك فيجب تطبيق قاعدة الاختصاص ؛ فمثلًا لا يوصي لمؤسسة عامة خاصة بمداواة المرضى بملك يصرف ريعه على التعليم أو العكس ، وليس معنى مخالفة الاختصاص بطلان الهبة أو الوصية بل الوصية صحيحة ، وإنما يرجع في القبول وعدمه إلى الجهات الإدارية المشرفة على هذه المؤسسات في توجيه الهبة أو الوصية والقبول أو الرفض .

ثانيًا : الشخص المعنوي المحدود الأهلية ، هذه الأشخاص المعنوية المحددة الأهلية ليس لهم تملك الهبة أو الوصية بما يزيد عن كيان وجودهم ولوازمهم الضرورية كمحل انعقاد جمعية علمية ومكتبتها ، وذلك مثل الجماعات العلمية المعلن عنها في مقر العمودية مثلًا .

الهبات لفقراء مركز أو مدينة :

القاعدة : أباح القانون الهبة والوصية إلى فقراء المدينة أو المركز أو غيرها ، واعتبرها القانون كهيئة لها أهلية الانتفاع بما يوهب أو يوصى به لها ، وقد كان هذا في القانون الروماني ثم في القانون الكنائسي .

فإن بيَّنَ الواهب أو الموصي كيفية استعمال وصيته أو هبته لانتفاع الفقراء اتبع ذلك ، وإن لم يبين صحت الهبة والوصية وتعين معرفة قصده من عمله فتكون مسألة تفسير ممن يتولون توزيع الانتفاع .

---

(1) يقول الدردير عن شرط الموهوب له [شرط الموهوب له أن يكون أهلًا لأن يملك ما وهب له] . الشرح الصغير جـ 3 ص 339 ويقول عن الموصى له وهو ما صح تملكه وإن كمسجد وصرف في مصالحه . الشرح الصغير جـ 4 ص 177 .

الجمعيات غير المعلنة :

الجمعيات غير المعلنة ليس لها شخصيات معنوية مطلقًا فليست أهلًا لتملك هبة أو وصية أيًا كانت ، وهي باطلة فإن كلف الموصي شخصًا بتنفيذ وصيته وبها منحة أو أشياء لجمعية غير معلنة فليس لهذه الجمعية مقاضاة المكلف بالتنفيذ ، حتى تثبت شخصيتها القانونية . ولكن لها أن تستفيد متى اتفق المستحقون على تنفيذ إرادة المتوفى في وصيته .

وهل إثبات شخصية الجمعية مؤخرًا يصحح الهبة أو الوصية السابقة ؟ خلاف بين مجلس الدولة الاستشاري الذي يقول بأن التصحيح اللاحق يكفي في أخذ الوصية أو الهبة السابقتين ، وبين رجال القضاء الذين يقولون يجب أن تكون شخصية الجمعية صحيحة قبل وفاة الواهب أو الموصي ، وإلا لا يصح لها الانتفاع بما أوصى به أو وهبه لها قضاء فلا يحكم به .

ثانيًا : أهلية التصرف : الذي له حق القبول للهبة والوصية في المنشآت العامة هو الرئيس القانوني كالمدير في المديرية والمأمور في المركز مثلًا أو العمدة . وأما الهبة والوصية للفقراء فالذي يقبل عنهم مكتب توزيع المبرات والخيرات الموجود في مكان الهبة أو الوصية ، فإن لم يكن فالعمدة .

والذي له الحق في إجازة القبول وعدمه هي الجهة الإدارية ولا يمنع القبول المؤقت من الرؤساء المباشرين حتى يتم الشكل النهائي للقبول [1] .

بند [44] الهبات للشخص المعنوي

التشريع الإسلامي : المراد بالهبات هنا للشخص المعنوي ما يشمل الذات أو المنفعة ليدخل الوقف ، لأن إعطاء الذات بلا مقابل هو الهبة بالمعنى الفقهي المصطلح عليه ، وإعطاء المنفعة بلا مقابل هو الوقف بالمعنى الفقهي ، وإعطاء ذات أو منفعة بلا مقابل هبة بالمعنى الأعم .

والمراد بالشخص المعنوي ما ليس فيه حياة فيشمل الجماد كالمساجد والتكايا ، أو ما ليس بمحصور كالفقراء والمساكين ، أو ما ليس بموجود كمن سيولد لزيد أو

(1) انظر : البنود من 931 إلى 952 ، في الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 206 – 211 .

عمر مثلًا وليس بمتحقق الحمل وقت الاستحقاق [1] .

فأهلية الشخص المعنوي كاملة في صحة التملك ، وفي جواز الهبة فتجوز الهبة والوصية للمساجد عمارة أو تعميرًا والتكايا والقناطر مثلًا وللفقراء والمساكين لأهل بلد أو محلة أو مركز أو مديرية مثلًا وللمدارس المتنوعة ولمكاتب تحفيظ القرآن .

أما مسألة الاختصاص في نوع المنفعة أو الخدمة العامة التي تخصص فيها هذا الشخص فلا أهمية لها ولا تبطل هبة ولا صدقة ولا وقف لمسجد خصص مثلًا للتعليم فإن القائم على أمر المسجد ينفذ ذلك في التعليم أو يرى الحاكم المنفعة في مثل هذا فيتصرف فيه حسب إرادة الواهب أو الواقف فالهبة والوقف على هذا صحيحان لاغبار عليهما وتولِّي التنفيذ يرجع للمصلحة العامة بما لا يخالف إرادة المنشئ .

فإن كان الوقف أو الهبة خارجة عن نطاق الجهة الموهوب لها أو الموصى لها مثلًا كمن أوصى بمشتري أدوات حرب أو طيران مثلًا في وصيته لمستشفى فالوصية صحيحة لكن يكون التصرف لولي الأمر في مثل هذا ليكون التخصص في نوع ما يصرف فيه .

والقبول لهذا الشخص المعنوي ليس بشرط لأن شرط القبول في الهبة والوصية إذا كانتا لمعين عاقل فإن رد الموهوب له المعين الأهل فهي للواهب أو لورثته .

وفي الوصية لو لم يقبل الموصى له المعين ما أوصى به له ردت الوصية للورثة وفي الوقف على المعين الأهل بأن كان رشيدًا يشترط قبوله فإن رد المعين الأهل أو ولي صبي أو مجنون أو سفيه فللفقراء ولا يرجع ملكًا للواقف ولا لورثته وقال مطرف [2] من علماء المالكية : يرجع ملكًا لربه أو لورثته .ويفهم من قول الإمام مالك « إن رَدَّ المعين يكون لغيره » أن ذلك باجتهاد الحاكم لا لخصوص الفقراء . ونص الفقهاء على أن الوصية تبطل بردَّة الموصي أو الموصى له ، وقيل : تبطل بردة

---

(1) يقول الدردير عن الموصى له « إن كان الموصى له كمسجد ورباط وقنطرة صرف الموصى به في مصالحه من مرمة وحصر وزيت ومازاد على ذلك فعلى خدمته من إمام ومؤذن ونحوهم احتاجوا أم لا ، كما إذا لم يحتج المسجد لشيء مما ذكر فلهم » الشرح الصغير جـ 4 ص 181 .

(2) هو مطرف بن عبد اللّه بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالى المدني . روى عن جماعة منهم : مالك وبه تفقه . وعنه : أبو زرعة وأبو حاتم الرازيان والبخاري وخرج له في الصحيح .

قال الإمام أحمد : كانوا يقدمونه على أصحاب مالك . توفي سنة 220 هـ . شجرة النور الزكية رقم 57 .

الموصى له وهو وجيه (والردة هي الكفر) [1] .

وأما الموهوب له غير المعين ، والموصى له غير المعين ، والموقوف عليه غير المعين ، ففيها التفصيل الآتي .

ففي الموهوب له غير المعين : الهبة صحيحة كأن قال : داري هبة على الفقراء والمساكين ؛ فالهبة صحيحة لكن لا يقضى بها لعدم وجود مخاصم يملك حق طلب الحكم بتسليم العين الموهوبة ، ولكن يجب عليه تنفيذ ذلك ديانة فيما بينه وبين ربه .

وشرط قبول الهبة من الموهوب له موجود ضمنًا متى أراد الواهب تنفيذ هبته . ولكن ليس لبيت مال المسلمين ولا لجماعة المسلمين المطالبة بتسليم العين الموهوبة ؛ فالفقراء والمساكين موجودون وأهلٌ للقبول متى وصل إليهم ما وهبه فإن لم ينفذ هبته ولا طريق لإجباره فتلغى هبته .

غير أن لي رأيا شخصيا وهو أن يدعي أحد الفقراء أو المساكين من أهل المحلة التي يقيم بها أن زيدا وهب كذا للفقراء والمساكين وأنا منهم ، وقد قبلت ما خصني فيها وطالبته بتسليم نصيبي إليَّ وقدره كذا (مثلًا) فامتنع ، ويطلب الحكم عليه به فلا أرى بأسًا أن يجيبه القاضي بالحكم له .

ومع هذا فقد نص الفقهاء على ما يأتي (إذا قال : داري صدقة أو هبة للفقراء لم يقض عليه لعدم من يخاصمه ، فيجب عليه التنفيذ فيما بينه وبين اللّه . وإن قال : داري صدقة أو هبة على زيد قُضي عليه بها ، وإن قال : داري صدقة في مسجد سماه وعينه ففي القضاء عليه إذا امتنع وعدمه قولان ، ومثل المسجد المارستان والتكية مثلًا .. اهـ) .

وفي الموصى له غير المعين تجوز الوصية للفقراء والمساكين وتجوز الوصية لمن سيولد ولو لم يكن محمولًا به وقت الوصية ولا وقت وفاة الموصي وحكم الوصية لغير المعين وجوب تنفيذها وتتبع نصوص الوصية وشروطها إن كانت موجودة وإلا اجتهد الوصي في التنفيذ إن كان وإلا فالحاكم وإلا فجماعة المسلمين [2] .

---

(1) يقول الدردير : [وبطلت الوصية بردة ؛ أي ردة الموصي أو الموصى له] الشرح الصغير جـ 4 ص 183 .

(2) أجازت المادة 26 من قانون الوصية المصري الصادر عام 1946 م الوصية بالأعيان للمعدوم ، ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يحصون ، كما جاء في المادة 30 من هذا القانون صحة الوصية لمن لا يحصون على أن يختص بها المحتاجون منهم . وهو ما جاء في المادتين 231 ، 233 من قانون الأحوال الشخصية السوري ، والمادتين 236 ، 240 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

وفي الموقوف عليه غير المعين يجوز الوقف ويجب تنفيذه على أحد القولين كالوصية سواء بسواء .

فالهبة والوصية لفقراء مركز أو بلد أو مديرية جائزان والذي يتولى تنفيذ ما ذكر إمَّا الواهب أو من يعينه . وإما الوصي أو الورثة ، وإلا فالحاكم إذا كان عدلًا وإلا فجماعة المسلمين .

ليس في التشريع الإسلامي جمعيات معلنة وغير معلنة لأن هذا مرجعه التحديد الإداري فإن أمر ولي الأمر بتشريع مثل هذا مراعاة للمصلحة العامة عمل به وإلا فالأصل الجواز مادام المقصد ليس معصية ولا خروجًا على النظام العام ولا نقضًا لأصل من أصول الدين .

والذي يقبل الهبة ويتصرف فيها أو الوصية هو رئيس الجهة الموهوب لها أو وزارة الأوقاف للمساجد والتكايا أو مجلس المديرية مثلًا ويصرفها حسب شرط الواهب أو الواقف أو الموصي .

بند [45] وقت وجود الأهلية للمتصرف والمنتفع

القانون الفرنسي : تجب التفرقة بين الهبة والوصية .

الهبة : يجب معرفة وقت قبول الموهوب له .فإن كان قبوله في إشهاد الهبة نفسها فالواجب تحقق أهلية الواهب والموهوب له وقت عمل إشهاد الهبة . وإن كان القبول في غير إشهاد الهبة فيوجد ثلاثة أوقات .

(1) وقت إشهاد المعطي . (2) وقت قبول الموهوب له .

(3) وقت إعلان الواهب قبول الهبة من الموهوب له .ففي الثلاثة أوقات تجب أهلية الواهب للتصرف وتجب أهلية الموهوب له في القبول . والوصية يشترط أن يكون الموصي أهلًا وقت وصيته لا وقت موته . لكن يشترط أن يكون أهلًا لترك وصية . فإن حكم عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة في جريمة فلا تصح وصيته بعد الحكم ويشترط في الموصى له أن يكون أهلًا وقت وفاة الموصي فقط .

الشروط والتكاليف التي يمكن أن تكون في العطايا :

الفرق بين الشروط وبين التكاليف : لا يجب الخلط بين الهبة بشرط ، والهبة مع تكليف فإن العطايا مع تكليف هي تخصيص قسم من الهبة أو الوصية إلى شخصية

مختلفة بإدارة الموصي أو الواهب .

والعطايا بشرط هي ما كان وجودها أو بقاؤها خاضعًا لحادث محدد مستقبل وغير مؤكد .

أولًا : العطايا بشروط : القاعدة أن يطبق على الشروط في العطايا القانون العام المذكور في نظرية العقود السابقة .غير أنه يصح التوسع في الشرط المستحيل أو الغير قانوني .

الشرط المستحيل أو الغير قانوني : تقدم أن العقد الذي يحتوي على شرط مستحيل أو غير قانوني يكون باطلًا م 1172 . ولكن المادة 900 خالفت هذا في الهبة والوصية ، وجعلت كليهما صحيحًا ولو اشتمل على شرط مستحيل أو غير قانوني فالهبة والوصية حتى مع هذا الشرط صحيحتان ويلغى الشرط ويفترض كأنه لم يكن .

وعلى هذا تُبحث المادة 900 في ثلاثة مواضع :

(1) القاعدة من حيث هي .

(2) تحديد القاعدة بمعرفة المتشرعين .

(3) الشروط التي تطبق .

أولًا : القاعدة ، في القانون الروماني كان الشرط المستحيل أو غير القانوني مبطلًا للعقد بين الأحياء ، ولكن في الوصية كان معتبرًا ملغيًا والوصية صحيحة .

وفي القانون المدني أن الشرط المستحيل أو غير القانوني لا يلغي عقد الهبة ولا الوصية ، ولكن يفترض عدم وجود الشرط المذكور .

ثانيًا : تحديد القاعدة بمعرفة المتشرعين تكون في بحث الشرط نفسه بمساعدة نظرية السبب ، فإن كان الشرط المذكور في إشهاد الهبة أو في الوصية ليس تابعًا لوجودها يعني توجد بدونه بطل الشرط ، وصحت الهبة أو الوصية . وإن كان الشرط هو أساس وجود الهبة أو الوصية وهو المحدِّدُ لها فتكون باطلة من أساسها ، ولا تطبق المادة 900 بل المادة 1131 والبطلان يكون عامًّا لأن سببها غير قانوني .

وتفسير الشرط ومعرفة هل هو أساسي أو تابع يكون بمجموع الظروف المحيطة بعمل نفس الإشهاد فهو خارج عن مراقبة محكمة النقض .

ثالثًا : شروط تطبيق المادة 900 : الشرط المستحيل ما كان تحقيقه مستحيلًا ماديًّا أو جسمانيًّا ، والشروط غير القانونية هي ما خالفت القانون بأن كانت ضد حق

مقرر قانونًا كحقوق الأبوين في الأحوال الشخصية ، والشروط المخالفة للآداب هي ما خالفت الآداب العامة وكذلك ما خالفت النظام العام المقرر قانونًا .

ثانيًا : العطايا مع تكليف : إذا كان الموصى له أو الموهوب له مكلفًا باستعمال العطايا كلًّا أو بعضًا في شيء محدد بإرادة الموصي أو الواهب ، فيقال هناك هبة مع تكليف ، ويمكن إرجاع التكاليف إلى ثلاثة أصول :

1 - تكليف ترتَّب لمصلحة المعطي ، كمن أعطى شخصًا مبلغًا كخمسين جنيهًا على أن يدفع دينه البالغ 20 جنيهًا ويأخذ الباقي لنفسه فالهبة في الواقع 30 جنيهًا ولكن كل ال 50 جنيهًا تعتبر عطية مع تكليف .

2 - تكليف ترتَّب لمصلحة المعطى له ، كمن أعطى شخصًا مبلغًا على أن يكون منه جزء مهره مثلًا .

3 - تكليف رتب لمصلحة آخر ، كمن أعطى شخصًا عقارًا على أن يرتب معاشًا سنويًّا لشخص سماه [1] .

بند [46] وقت وجود الأهلية للمتصرف والمنتفع

التشريع الإسلامي : يشترط لصحة الهبة أن يكون الواهب أهلًا للتصرف في ماله [2] وقت الهبة [3] ، وتستمر أهليته حتى يحوز الموهوب له الهبة ، وشرط الحوز حصوله قبل المانع ، ومانع الحوز المبطل الهبة ما يأتي [4] :

1 - طرو دين أحاط بالواهب قبل أن يحوز الموهوب له .

2 - هبة الواهب لموهوب له ثان غير الأول وحاز الموهوب له الثاني قبل الموهوب له الأول ، فالهبة تكون للموهوب له الثاني لترجح جانبه بالحوز ، ولو جد الأول في الطلب ولا قيمة على الواهب للموهوب له الأول .

---

(1) انظر : البنود من 900 إلى 912 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 200 - 202 .

(2) أما الواهب ، فإنهم اتفقوا على أنه تجوز هبته إذا ما كان الموهوب صحيح الملك . (بداية المجتهد 185/2) .

(3) قاعدة : يشترط لصحة الهبة أن يكون الواهب أهلًا للتصرف في ماله وقت الهبة .

(4) يقول الدردير : « الهبة تمليك من له التبرع خرج به الصبي والمجنون والرقيق والسفيه ومن أحاط الدين بماله والسكران » . الشرح الصغير جـ 4 ص 331 بداية المجتهد جـ 2 ص 33 . الكافي لابن عبد البر ص 528 وما بعدها .

3 - موت الموهوب له المعينة الهبة له قبل أن يحوز الهبة بعد علمه .

4 - موت الواهب قبل حوز الموهوب له أو قبل وصول الهبة إليه .

5 - جنون الواهب أو مرضه المتصلان بموته مبطل للهبة ؛ لأن شرط الحوز حصوله قبل المانع [1] .

فإن باع الواهب الهبة قبل علم الموهوب له أو بعد علمه ولم يفرط في الطلب للحوز فلا تبطل ويخير الموهوب له في رد البيع وإجازته وأخذ الثمن وإلا جاز البيع إن علم به وفرط في حوزها وله الثمن وقيل الثمن للواهب [2] .

ومن وهب شيئًا لمن هو في يده عارية أو وديعة أو دينًا عليه ، فإن علم الموهوب له ، وقبل في حياة الواهب صحت الهبة باتفاق ، وإن لم يقل : قبلت حتى مات الواهب ، فقبل بعده أو لم يقبل بطلت الهبة ، عند ابن القاسم ، وصحت عند أشهب ، وإن لم يعلم بالهبة حتى مات الواهب بطلت اتفاقًا .

وإن وهب لغير من هي في يده بطلت بموت الواهب قبل الحوز في الصور الثلاث .

فإن باع أو وهب الموهوب له قبل القبض فلا تبطل إذا أشهد على ذلك وأعلن ، وإن مات الموهوب له قبل علمه بالهبة فلا تبطل ويقبضها وارثه .

ومعنى كل هذا أنه يشترط بقاء أهلية التصرف في الواهب حتى يحوز الموهوب له الهبة فإن حصل مانع مع بقاء الأهلية كموت أو جنون أو إحاطة دين إلخ ما ذُكر بطلت الهبة فالعبرة في الهبة بأهلية التصرف من الواهب حتى حوز الموهوب له [3] .

وصح حوز واهب لمحجوره إن أشهد أنه وهبه لمحجوره ، إلا إذا وهب ما لا يعرف بعينه كالمثلث فلا بد من إخراجه من حوزه قبل المانع وإلا بطلت ورجعت

---

(1) تبطل الهبة بحصول مانع قبل حوزها من إحاطة دين أو جنون أو مرض اتصلا بموت الواهب أو موت للواهب قبل الحوز ، وبطلت بهبة من واهبها لشخص ثان غير الأول . (الشرح الصغير 340/3) .

(2) لا تبطل الهبة ببيع من واهبها قبل علم الموهوب له ، وكذا بعد علمه ، ولم يفرط في حوزها . (الشرح الصغير 431/3) .

(3) الشرح الصغير (340/3) وقد مضى بيانه .

ميراثًا ولا يكفي الإشهاد . وفي هبة البيت كذلك لا بد من خروجه منه .

وشرط الموهوب له أن يكون أهلًا للقبول صراحة أو دلالة ، لأن الهبة لا تتحقق إلا بالإيجاب والقبول ، والقبول يكون صراحة أو دلالة كما صرح به الحطاب [1] .

ويجوز تأخير القبول عن الإيجاب ، كما قال القرافي [2] وابن عرفة [3] ، ونصه : قال ابن عتاب [4] : ومن سكت عن قبول صدقته زمانًا فله قبولها بعد ذلك ، فإن طلب غلتها حلف ما سكت تاركًا لها وأخذ الغلة اهـ .

ومقتضى هذا أن الموهوب له يجب أن يكون موجودًا حقيقة أو حكمًا كحي بالفعل أو في حكم الحي كمولود أو كحمل محقق ، فإن لم يكن غير موجود إطلاقًا لا حقيقة ولا حكمًا فالهبة غير موجودة لأن القبول والحيازة معتبران إلا أن القبول ركن والحيازة شرط فالهبة لغير موجود باطلة لتخلف الركن وهو القبول وتخلف الشرط وهو الحيازة [5] .

وبعد تحرير هذا اطلعت على نص نقله المرحوم فضيلة الشيخ مخلوف المنياوي [6] في

---

(1) هو بركات بن محمد الحطاب المكي . أخذ عن والده وغيره وعنه جماعة منهم ابن أخيه يحيى بن محمد الحطاب ووالده الشيخ أحمد بابا بالإجازة . له شرح على خليل في أربعة أسفار سماه المنهج الجليل . توفي عن عمر عال بعد سنة 980 هـ . شجرة النور الزكية ص 279 رقم 1049 .

(2) شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي كان بصيرًا بالفقه عارفًا بالتفسير ، درس بالمدرسة الصالحية في القاهرة ، وتخرج به أئمة ، وله مصنفات ممتعة منها الفروق والذخيرة في مذهب مالك .. ، توفي سنة 682 هـ . سير أعلام النبلاء 277/17 ، هدية العارفين 99/5 .

(3) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي إمامها وخطيبها بجامعها الأعظم خمسين سنة . له تآليف عجيبة في فنون من العلم ، منها مختصر في الفقه أفاد فيه وأبدع ، وتولى إمامة جامع الزيتونية سنة 716 هـ وتوفي في جمادى الثانية سنة 803 هـ . شجرة النور الزكية ص 227 رقم 817 .

(4) أبو محمد عبد الله بن محمد بن عتاب الإمام شيخ الإسلام أخذ من والده وأكثر عنه . كان مولده سنة 433 هـ وتوفي سنة 520 أو 528 . شجرة النور الزكية ص 129 رقم 378 .

(5) يقول الدردير : « وشرط الموهوب له أن يكون أهلًا لأن يملك ما وهب له » . الشرح الصغير جـ 3 ص 339 . بداية المجتهد جـ 2 ص 331 وقد تقدم ما استحدثته المادة 460 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بشأن الهبة للجنين ، وقيام وصيه مقامه في قبول الهبة .

(6) مخلوف بن محمد البدوي المنياوي المصري الأزهري ، من القضاة ، تولى القضاء بمديرية المنيا . من آثاره : حاشية على حلية اللب المصون بشرح الجوهر المكنون ، في البلاغة ، تقريرات على مسلمل عاشوراء لأمير الصغير ، حاشية على رسالة البيان للصبان ، تطبيق القانون المدني على مذهب الإمام مالك ورسالة في =

هذا الموضوع فقال : « من أركان الهبة الأربعة الموهوب له . ويجب أن يكون أهلًا للتملك ولو حكمًا كمن سيولد (أي حمل موجود) أو سيوجد . فإن كانت ستوجد الأهلية فيصح الوقف إلا أنه غير لازم بمجرد عقده بل يوقف لزومه كغلته إلى أن يوجد فيعطاها ويلزم . وعليه فللواقف بيع ذلك الوقف قبل ولادة المحبس عليه ، وفي لزومه بعقده على من يولد قبل ولادته قولا ابنِ القاسم ومالكٍ ، فإن حصل مانع من الوجود كموت ويأس منه رجعت. وتصح الوصية لمن يصح تملكه ولو في ثاني حال كمن سيكون من حمل موجود أو سيوجد . فإن كان موجودًا ، فإنه يؤخر الموصى به لوضعه ، فإن وضع واستهل أو تحققت حياته أخذ الموصى به ، وإلا رُدَّ لورثة الموصي ، وإن كان غير موجود من أصله انتظر بالوصية إلى اليأس من الولادة ، ثم بعده ترد لورثة الموصي [1]) اهـ .

ويفهم من هذا أن الموهوب له يصح أن لا يكون موجودًا حقيقة أو حكمًا كالوقف والوصية ، أما الوقف والوصية فالمنصوص فيهما أن الموقوف عليه والموصى له لا يشترط وجوده حقيقة أو حكمًا ، لكن التفرقة بين الهبة وبين الوقف والوصية من وجوب الإيجاب والقبول صراحة أو دلالة وإلا لما تحققت الهبة والفروع المترتبة على وجوب الحوز والقبول قبل حصول أي مانع تدل على أنه يجب أن يكون الموهوب له موجودًا حقيقة أو حكمًا وهذا رأيي في النصين ، والله ورسوله أعلم .

شرط صحة الوصية :

ويشترط لصحة الوصية أهليته وقت الوصية فيجب أن يكون مميزًا (لا مجنونًا وصغيرًا وسكرانًا غير مميزين حال الإيصاء) وأن يكون مالكًا للموصى به ملكًا تامًا

= البسملة . توفي سنة 1295 هـ - 1878 م .

ترجمته في :

هدية العارفين (423/2) ، فهرست الخديوية (133/4) و (124/6) ، فهرس التيمورية (271/2) ، (409/2) ، (274/3) ، فهرس دار الكتب المصرية (192/2) ، (166/6) ، (67/7) معجم المؤلفين لكحالة (838/3) .

وقد نشر مركز الدراسات الفقهية كتابه تطبيق القانون المدني علي مذهب الإمام مالك تحت عنوان المقارنات التشريعية نشرة محققة بالتعاون مع مكتبة دار السلام .

(1) تقدمت الإشارة إلى تناول المادتين 26 ، 30 من قانون الوصية المصري لحكم الوصية للمعدوم ولمن لا يحصون . وقد تضمنت المادة 26 أنه إذا إذا كانت الوصية لمعدوم ولم يوجد وقت موت الموصي كانت الغلة لورثته ، وتؤول العين الموصى بها إلى ملك الورثة عند اليأس من تحقيق وجود الموصى له . وهو ما جاء في المادتين 231 ، 233 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادتين 236 ، 240 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

(فمستغرق الذمة وغير المالك لا تصح منهما) وتصح وصية المميز السفيه أو الصغير [1] إن لم يتناقضا في أقوالهما [2] .

ويشترط في الموصى له أن يكون أهلًا للتملك ولو حكمًا ولو في ثاني حال كمن سيولد من حمل موجود أو سيوجد فيستحقه إن استهل صارخًا أو تعددت رضعاته ونحو ذلك مما يدل على تحقق حياته .

ويشترط قبول الموصى له البالغ الرشيد المعين فالقبول شرط في وجوبها وتنفيذها بعد الموت فالقبول والرفض قبل الموت لغو والملك للموصى له بالموت ، فوجوب أهلية القبول في الشخص المعين تكون وقت وفاة الموصي .

وصح الإيصاء لمسجد ونحوه ويصرف في مصالحه ، وتصح لميت علم الموصي موته وتصرف في مصالحه ولورثته ، وتصح من مقتول إلى قاتل له علم الموصي بالسبب ، وإن لم يعلم فقولان بالصحة وعدمها . وإن طرأ القتل بعد الوصية ولم يغيرها فهي باطلة

---

(1) تناولت المادة 116 من القانون المدني المصري تصرفات المحجور عليه للغفلة والسفة ليتسق حكمها مع حكم المادة 67 من القانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بأحكام الولاية على المال . وهي تنص على أنه يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة أو بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري في شأن القاصر المأذون .

وهو ما تناولته المادة 130 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

1 - يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحًا متى أذنته المحكمة في ذلك .

2 - وتكون أعمال الإدارة الصادرة عن المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمتها الجهة التي أصدرت الإذن .

وكذلك المادة 109 من التقنين العراقي التي تنص على أنه تصح وصايا السفيه بثلث ماله . وكذلك المادة 110 من هذا التقنين التي تنص على أن ذا الغفلة حكمه حكم السفيه .

وهو ما جاءت به المواد 102 ، 103 ، 104 من التقنين الكويتي .

ويتفق هذا مع ما جاءت به المادة 273 من مرشد الحيران التي تنص على أن المحجور عليه حجرًا قضائيًا لسفه تصح تصرفاته في وصاياه بالقرب من ثلث ماله إن كان له وارث . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 24 .

(2) يقول الدردير عن الوصية وركنها الذي تتوقف عليه : الموصي ، وهو الحر فالعبد ولو بشائبة لا تصح وصيته ، المالك للموصى به ملكًا تامًا ؛ فمستغرق الذمة وغير المالك للموصى به لا تصح وصيتهما ، المميز ، لا مجنون وسكران وصبي لم يميز عندهم حال الإيصاء » . الشرح الصغير جـ 4 ص 181 بداية المجتهد جـ 2 ص 338 وما بعدها .

قطعًا بخلاف القتل بعد الهبة فلا يبطلها قبض أم لا علم أم لا تعمد القتل أم لا [1] .

وبطلت الوصية بردة (بكفر) الموصي أو الموصى له ، وقيل : لا تبطل بردة الموصى له وهو وجيه [2] .

وبطلت الوصية بمحرم ، وبطلت الوصية لوارث مطلقًا ، وبطلت بما زاد على الثلث يوم التنفيذ لا يوم الموت [3] .

والحكم على الموصي بالأشغال الشاقة أو بغيرها لا يخرجه عن أهليته لترك وصية صحيحة ، بل له أن يوصي وهو في السجن .

وإن مات الموصى له قبل وفاة الموصي بطلت الوصية ، علم الموصي بموته أم لا ، ومن علق وصيته على موته في مرضه أو في سفره فلم يمت في مرضه أو سفره الذي عينه فإن الوصية باطلة ، لأنه علقها بالموت وهو لم يمت . وإن مات الموصي على هذه الحال في السفر أو المرض قَبْل موت الموصى له وَقَبِل الموصى له الوصية فقد ملكها ، فإن تأخر تنفيذها إلى موت الموصى له فهي حقَ لورثته .

الشروط والتكاليف التي يمكن أن تكون في العطايا :

الشرط في الهبة أو في الوصية ما عُلِّق الاستحقاق على وجوده كمن وهب لسيدة مبلغًا من المال تستعين به على نفقاتها بشرط أن تكون خالية من الأزواج وعدتهم ، فإن تحقق الشرط استحقت الموهوب له .

والتكليف أن يهب المتبرع شيئًا على أن ينفق منه الموهوب له مثلًا على مسجد ، أو قنطرة مبلغ كذا .

وعلى هذا فالشرط والتكليف في الهبة والوصية لا يبطلانهما ، إلا إذا كانا

---

(1) اتجهت بعض القوانين العربية إلى الحكم بحق الورثة في المطالبة بفسخ الهبة « إذا قتل الموهوب له الواهب عمدا بغير حق » لأنه جحود كبير من الموهوب له يبرر هذه المطالبة ، ولأنه إن جاز للواهب الرجوع في الهبة بمجرد شروع الموهوب له في قتله ، لجحوده فأولى أن تنتهي بالقتل ، ويعد هذا تطبيقًا للأصل القاضي بأن من استعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه . وهو ما أخذت به المادة 622 من القانون المدني العراقي والمادة 578 مدني أردني ، والمادة 540 كويتي . وأما القانون المدني المصري فلم يرد فيه النص على ذلك ، ولا يبعد أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد .

(2) يقول الدردير [وبطلت الوصية بردة الموصي أو الموصى له وبمعصية أي أوصى بمال لها فالوصية باطلة كوصية بمال يشترى به خمرًا يشرب] . الشرح الصغير جـ 4 ص 183 .

(3) بطلت الوصية بمعصية أي أوصى بمال لها فالوصية باطلة .

وبطلت الوصية لوارث لحديث : « لا وصية لوارث » ويعتبر الزائد يوم التنفيذ لا يوم الموت . (الشرح الصغير 179/4) .

محرمين مثلًا فتبطل الهبة المشروط فيها محرمًا كمن وهب لزيد كذا بشرط أن يقتل عمرًا ، ويكون التكليف فيها باطلًا وغير لازم ، كمن وهب لزيد ألفًا على أن يدفع ثمن خمر لخريستو 50 مثلًا فالهبة صحيحة في غير التكليف وباطلة فيه .

والوصية صحيحة في الشرط المباح أو في الطاعة وباطلة في الشرط المحرم ؛ فلو أوصى على شرط يقوم به الموصى له فلم يفعل ترد منه الوصية . كمن أوصى لأم ولده بوصية على أن لا تتزوج فتوفي ونفِّذت الوصية لها ثم تزوجت فإنها ترد ما أخذته [1] .

وإني أرى أن مثل هذا الشرط قد يجر إلى سوء الأخلاق فتعمل هذه السيدة جهدها لعدم التزوج ظاهرًا أمام أعين الناس ، ولكن في الواقع تعمل ما يشبع شهوتها التي ركبها اللّه في خلقة تكوينها ، خصوصًا في زمن كثر فيه الفسق والفجور ؛ فخير لمثل هذه أن تعف بزواج شرعي من زواج عرفي مكتوم ، وقد يكون لا زواج فتكون هي الطامة ، وحسبك ما يترتب عليه من حمل ووأد وقيل وقال .

على أني أرى أيضًا أن مثل هذا الشرط تَحَكُّم من متوفًّى في عالم آخر غير مادي فيمن بقي حيًّا ولا علاقة بينهما أبدًا بعد الوفاة ، وإن مثل هذا الشرط قد أملاه عليه حب الأنانية والأثرة ، لأنه يريد أن لا يتمتع بها غيرُه ، حتى ولو كان هو غير قادر على التمتع ، وحتى ولو كان هو رمادًا ، يجب أن يفهم المرء من حيث هو بشر سيفنى أن لا يتعدى حدوده فيرتب ماله حق فيه لا ما بقي بعد الوفاة ، فإنه بالوفاة

---

(1) لا يتنافى اشتراط الواهب قيام الموهوب له بأداء التزام معين مع مفهوم الهبة وقيامها على معنى التبرع ، طبقًا لما أخذت به القوانين العربية وما قرره الفقه الإسلامي ، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة 486 مدني مصري تنص على ما يأتي :

« يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين » .

وهو ما جاء في المادة 611 من التقنين العراقي والمادة 557 من التقنين الأردني .

ويتضح ما قرره الفقه الإسلامي بالرجوع إلى المادة 855 من مجلة الأحكام العدلية . ونصها : « تصح الهبة بشرط العوض ويعتبر الشرط . مثلًا : لو وهب أحد لآخر شيئًا بشرط أن يعطيه كذا عوضًا ، أو يؤدي دينه المعلوم المقدار تلزم الهبة إذا راعى الموهوب له الشرط . وإلا فللواهب الرجوع عن الهبة . كذلك لو وهب أحد وسلم عقارًا مملوكًا له لآخر بشرط أن يقوم بنفقة الواهب إلى وفاته ثم ندم فأراد الرجوع عن الهبة واسترداد ذلك العقار فليس له ذلك ما دام الموهوب له راضيًا باتفاقه على ذلك الشرط » . وقد نصت المادة 77 من مرشد الحيران على أن : « الهبة تمليك العين بلا عوض ، وقد تكون بعوض » . وهو ما جاء في المادة 368 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة والمادتين 546 ، 547 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام مالك .

ذهب في العالم اللانهائي وكلنا سنكون فيه وستذهب ذكرانا وأعمالنا ، إلا ما حفظ اللّه فهو الباقي بعد فناء خلقه ، وإليه المرجع والمصير .

وأما تعليق الهبة أو الوصية على شرط مستحيل فقد سبق في الالتزامات أن الالتزام المعلق على فعل غير الملتزم والملتزَم له حكمه حكم الالتزام المطلق فيقضى به متى وُجِد المعلق عليه إن كان الملتزم به معينًا ، وإلا فلا كإن شفى اللّه مريضي فلك ألف درهم فيقضى بها وقد نصوا على عدم حِنْثِ من علق الطلاق بمستقبل ممتنع عقلًا أو عادة أو شرعًا في صيغة بِرٍّ نحو أنت طالق إن جمعتُ بين الضدين أو إن لمست السماء أو إن شاء هذا الحجر أو إن زنيت بخلاف صيغة الحنث نحو إن لم أجمع بين الضدين فالعقود المعلقة بالمستحيل إن كانت مما يقبل التعليق فلا تنعقد ، فالعقد على المستحيل [1] والمحظور باطل فما يبنى عليه كذلك .

الهبة مع تكليف جائز شرعًا تجوز وكذا الوصية سواء أكان التكليف لمصلحة المعطي أم المعطى له ، وأما التكليف لمصلحة آخر فإن كان بأمر لا غرر فيه وبأمر غير ممنوع شرعًا فلا مانع منه .

---

(1) تناولت المادة 252 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية حكم تعليق الالتزام على شرط مستحيل ، ونصها : يعتبر الالتزام غير قائم إذا علق على شرط مستحيل أو شرط مخالف للنظام العام أو للآداب ، سواء كان الشرط واقفًا أو فاسخًا » . وهو ما أخذت به المادة 226 مدني مصري والمادة 287 والمادة 324 كويتي والمادة 397 مدني أردني .

وتتفق هذه النصوص مع مقررات الفقه الإسلامي ؛ فقد نصت المادة 319 من مرشد الحيران على أن : « التعليق على مستحيل لغو غير معتبر » .

راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 82 .

نتيجة المقارنات من بند 35 إلى نهاية بند 46

يتفق التشريعان فيما يأتي :

قسمة التركة - نتيجة القسمة المظهرة - ضمان الأنصبة - إبطال القسمة (في الجملة) - الهبة - الوصية في الغالب - القواعد العامة للهبة والوصية - تصرفات عديمي الأهلية - الهبات للشخص المعنوي - الهبة لفقراء مركز أو مدينة - وقت وجود الأهلية للمتصرف والمنتفع .

بند [47] الكمية الزائدة والمحفوظة (الاحتياطي)

في التركة

القانون الفرنسي [1] :

نظرة عامة : الجزء المحفوظ أو الاحتياطي هو قسم من الأملاك لا يجوز للشخص المالك التصرف فيه لا بالهبة ولا بالوصية إضرارًا بأصوله أو بفروعه .

والجزء الزائد هو الذي بقي بعد الاحتياطي ، ويجوز التصرف فيه لمالكه بحرية تامة للورثة أو للأجانب .

والجزء المحفوظ وجد استثناء من قاعدة التصرف المطلق لكل مالك فيما يملك . ويرتكز على المساعدة المتبادلة بين الشخص وأقاربه ، فكما أنه إذا احتاج لجأ إليهم لمساعدته فكذلك لا يصح أنه بعد الموت ينتفع به الأجانب دون الأقارب ، ولأن هذا فيه معنى الاشتراك في أموال العائلة التي يجب عدم حرمان الورثة منها .

وهذا النظام مأخوذ من القانون الروماني والقانون القديم والكلام في هذا الباب يرجع إلى عدة فصول .

أولًا : تحديد الورثة أصحاب الاحتياطي ، وتحديد الاحتياطي .

الورثة ثلاثة أقسام :

أولًا : الأولاد وأولادهم الشرعيون ، الاحتياطي يتعلق بفروع المتوفى قريبة أو بعيدة . وكذلك يكون الاحتياطي لفروع المتوفى المعترف بشرعيتهم . وقد أعطى المتشرعون هذا الحق لأولاد المتبنين وأولادهم من مال المتبنِّي .

والكمية المحفوظة تعرف بمقابلتها بالجزء الزائد .فالزائد إذا ترك المتوفى ولدًا واحدًا شرعيًّا النصف ، وولدين الثلث ، وثلاثة أولاد فأكثر الربع . فالجزء المحفوظ هو النصف والثلثان والثلاثة أرباع حسب عدد الورثة المذكورين . وتعد أولاد

---

(1) انظر : البنود من 913 إلى 952 في الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 206 – 214 .

الأولاد كشخص مورثهم فقط بالنسبة للجزء المحفوظ سواء ورثوا مكان مورثهم مع أعمامهم مثلًا ، أو ورثوا باستحقاقهم الشخصي .

ثانيًا : الآباء والأجداد (الأصول) ، منح القانون أيضًا أصول المتوفى الكمية المحفوظة أو الاحتياطي من أي درجة تكون ، بشرط كون الأصول شرعيين . فإن كانت الأصول طبيعيين فلا احتياط لهم ، ويصح لولدهم حرمانهم من الميراث بهذه التصرفات .

والكمية الزائدة بالنسبة للأصول هي نصف التركة إن ترك أمه وأباه . فإن ترك أحدهما فله ثلاثة أرباع التركة . فالجزء المحفوظ لكل قرابة من الأب أو الأم الربع .

ثالثًا : ولد طبيعي ، أعطى القانون للولد الطبيعي حق الكمية المحفوظة كالآتي :

(1) وجود الولد الطبيعي مع أولاد شرعيين . فالاحتياطي له نصف ما كان له من احتياطي إذا كان ولدًا شرعيًا . فلو ترك المتوفى ولدين أحدهما شرعي والآخر طبيعي فنصيبهما من الاحتياطي الثلثان ، كل واحد منهما الثلث . فالولد الطبيعي له احتياطي نصف ثلث = $\frac{1}{6}$ فيكون احتياطي الولدين من التركة النصف . ويؤخذ احتياطي الولد الطبيعي كالآتي . إن ترك المتوفى ولدًا أو ولدين شرعيين أخذ نصف الاحتياطي للولد الطبيعي من احتياطي الشرعيين والنصف الآخر من الكمية الزائدة ، وإن ترك أكثر من ولدين شرعيين أخذ احتياطي الولد الطبيعي جميعه من احتياطي الأولاد الشرعيين .

(2) وجود الولد الطبيعي مع الحواشي الممتازين ، وهم الإخوة والأخوات : فاحتياطي الولد الطبيعي في هذه الحالة ثلاثة أرباع نصيبه لو كان ولدًا شرعيًا . غير أن الولد الشرعي في هذه الحالة له احتياطي النصف فيكون للولد الشرعي ثلاثة أرباع النصف يعني $\frac{3}{8}$ التركة . فإن ترك المتوفى الحواشي غير الممتازين مع الولد الطبيعي كان احتياطي الولد الطبيعي مماثلًا لاحتياطي الولد الشرعي .

(3) وجود الولد الطبيعي مع أحد أصول المتوفى . حدد القانون الكمية الزائدة في هذه الحالة كالآتي : نصف التركة إذا وجد ولد واحد ، ثلث التركة متى وجد ولدان . ربع التركة متى وجد أكثر من اثنين . فيأخذ أب المتوفى أو أمه نصيبه من

الكمية المحفوظة والباقي للولد . فإذا ترك 80 جنيهًا تركة ، الاحتياطي 40 جنيهًا فيأخذ الأب نصيبه أولًا وهو $\frac{1}{8}$ من أصل التركة = 10 جنيهات من 40 جنيهًا الاحتياطي = 30 وهو احتياطي الولد الطبيعي مع أحد أصول المتوفى .

ثانيًا : طبيعة الاحتياطي القانونية ونتائجه :

طبيعة الاحتياطي القانونية أنه حق وراثي يعني جزء موروث من التركة . وينتج عن ذلك :

(1) يجب أن يكون الوارث مستحقًّا في الميراث ليكون له حق الاحتياطي . فإن ترك المتوفى حواشي مفضلين كإخوة وأخوات مع جد لأب فالذي يرث الحواشي المفضلون ، فلا يستحق الجد من الاحتياطي شيئًا لأنه لا يرث . فإن ترك أخًا أو أختًا وجدًّا لأب وموصى له فللجد للأب حق الاحتياطي مع تنازل الأخ عن الميراث ، لأن الجد يصبح وارثًا ، فله حق في الاحتياطي .

(2) يجب أن يقبل الوارث الميراث ليكون له حق الاحتياطي ، فإن تنازل الوارث ، الذي له حق الاحتياطي سقط حقه فيه ، فلا يصح الادعاء به بدعوى مباشرة ، أو بدعوى غير مباشرة .

فإن وهب المورث لأحد الورثة جزءًا معجلًا ثم توفي واحتفظ الوارث بالهبة وتنازل عن الميراث فهل كذلك له الاحتفاظ بحقه من احتياطيه أم لا ؟ خلاف قُضِي أولًا بالجمع بين الهبة والنصيب في الاحتياطي ، ثم قُضِي بعدم الجمع ثم رجع إلى القرار الأول وهو الجمع .

(3) حساب الاحتياطي يجب عدم احتساب من يتنازل عن الميراث .في الوسط القضائي يجب عدم النظر إلى من يتنازل عن الميراث بل يجب احتساب الوارثين أصحاب الاحتياطي وقت وفاة المتوفى وتطبيق القانون ، بقطع النظر عن من قبل الميراث ومن رفض .

ثالثًا : احتساب الكمية الزائدة والاحتياطي :

بعد وفاة المتوفى تحصر تركته ثم ينظر في تصرفاته من هبة أو وصية فإن كانت التصرفات زائدة عن الذي له حق التصرف فيه قيل : إنه تجاوز حق التصرف ، وإلا

فلا اعتراض على تصرفاته . ولبيان ذلك تجري العمليات الأربع التالية :

1 - تكوين جملة الأملاك الموجودة ، وهذه الأملاك تشمل كل ما كان يملكه المتوفى وقت وفاته حتى ما تصرف فيه المتوفى من هبة لأملاك مستقبلة أو وصية .

2 - استنزال الدين وإسقاطه ، يجب إسقاط الديون التي تثقل أعيان التركة ، وقد نص على أن إسقاط الدين يجب أن يكون بعد جعل أعيان التركة جملة واحدة ، بما في ذلك الأملاك الموهوبة من المتوفى حال حياته . وبالاتفاق هذه الطريقة تتبع إذا كان في التركة ما يفي بالدين وزيادة . فإن زادت الديون عن التركة وجب استنزال الدين أولًا قبل اجتماع الأموال الموهوبة . وإلا لاستفاد الدائنون من الأملاك الموهوبة ، ولا يجب أن يستفيدوا منها .

3 - الضم الظاهري للأملاك الموهوبة إلى المجموع ، فتقدر قيمة الأملاك الموهوبة وقت الهبة ووقت وفاة المورث للمنقول والعقار ، بدون نظر إلى التحسينات أو النقص الطارئ على الهبة من عمل الموهوب له .

4 - احتساب الأملاك الموهوبة : وبعد حصر ما تركه المتوفى ومعرفة تصرفه في الزائد ومعرفة الاحتياطي يبقى معرفة على أي قسم تحسب الهبة التي تصرف فيها من القدر الزائد إلى أحد الورثة أو الأجنبي ، وهذا الموضوع له أهمية عملية كبيرة . فلو فرضنا أن المتوفى ترك ولدين وترك تركة قدر مجموعها بـ 90 جنيهًا ؛ وكان قد وهب لأحد ولديه 30 جنيهًا ؛ ووهب لأجنبي 30 جنيهًا ، ومعلوم أن القدر الزائد في هذه التركة 30 جنيهًا للمتوفى التصرف فيها والاحتياطي 60 جنيهًا 3/2 التركة ، وهو لا يجوز للمتوفى التصرف فيه بل يبقى لكل ولد 30 جنيهًا ، فلو احتسبنا الهبة الأولى وهي 30 جنيهًا للولد الوارث من الجزء المحفوظ له قانونًا كانت الهبة الثانية سليمة ، وأنتجت ما أراده المتوفى ، لأن تصرفه من القدر الزائد وهو 30 جنيهًا ؛ وإن احتسب الهبة الأولى من القدر الزائد لا من المحفوظ لكل ولد كانت الهبة الثانية لا محل لها لأنه تصرف في القدر الواجب حفظه للوارث ، والمورث ممنوع من التصرف فيه فتكون العطية الثانية باطلة .

وللجواب عن هذه المسألة يجب البحث في التفصيل الآتي :

(1) إذا كانت العطية لأجنبي وجب احتسابها من القدر الزائد الذي للمتوفى

حق التصرف فيه دون القدر المحفوظ .

(2) إذا كانت العطية لوارث له حق الاحتياطي ، فإن تنازل عن الميراث فالرأي المعول عليه قضاء احتساب العطية على الجزء الزائد لا على الاحتياطي ، وإن كانت العطية لوارث وقبل الميراث فإن كانت العطية تعجيل الميراث مقدمًا احتسبت الهبة من الاحتياطي يعني من القدر المحفوظ . وإن كانت الهبة عاجلة أريد بها إسداء منفعة للمعطى له احتسبت من الجزء الزائد .

نتائج الأعمال السابقة من حساب التركة واحتساب العطايا كالآتي :

أولًا : العطايا بين الأحياء وبعد الموت لم تتعد المقدار الزائد الذي للمتوفى حق التصرف فيه فهي جائزة بلا نزاع .

ثانيًا : العطايا بين الأحياء إن زادت عن القدر الزائد فتنقص إلى القدر الزائد الجائز التصرف فيه ، وكذلك الحكم في الوصية .

رابعًا : حكم مخالفة قواعد الاحتياطي :

إذا تصرف المورث فيما زاد عن القدر الزائد فللوارث صاحب حق الاحتياطي مهاجمة هذا التصرف بدعوى التخفيض الخاصة به ، وبحث هذا الموضوع يكون كالآتي :

أولًا : الذي يرفع دعوى التخفيض هو الوارث المستحق للاحتياطي وهي دعوى مالية لا دخل للأدبيات فيها فيجوز لدائن الوارث المذكور رفعها باسمه (دعوى أيليك) وليس للموصى له ولا للموهوب له رفع هذه الدعوى ضد موهوب له أو موصى له آخر ولا الاستفادة من ذلك .

أما دائنو المتوفى فليس لهم رفع هذه الدعوى ضد الموهوب له لأن الملك الموهوب خرج من ملك مدينه فلم يدخل في الضمان الذي اعتمد عليه الدائن حال حياته . أما إن زاد المتوفى عن الحد الزائد في وصيته فدائنوه ليسوا في حاجة لرفع دعوى لأن الوصية لا تنفذ إلا بعد سداد الدين .

ثانيًا : ترتيب التخفيض يكون في التصرفات كالآتي :

(1) في حالة زيادة الهبات بين الأحياء عن الحد الزائد تكون الوصايا ملغاة إن زادت الهبات أو ساوت القدر الجائز التصرف فيه للمتوفى . فإن زادت الهبات يلغى أحدثها تاريخًا ، وهكذا حتى يصل إلى مساواة القدر الجائز التصرف فيه .

(2) في حالة زيادة الوصايا عن الحد الزائد تكون الزيادة مخفضة في كل وصية حسب نسبتها ، بلا فرق بين وصية عامة أو لشخص خاص ، لأنه لا يمكن تفضيل بعضها عن بعض مالم ينص الموصي على تنفيذ بعضها بلا نقص فلا يخفض إلا في تكميل الاحتياطي .

ثالثًا : طبيعة ونتائج دعوى التخفيض . هذه الدعوى دعوى فسخ ، كدعوى فسخ البيع لعدم دفع الثمن سواء بسواء ، فهي دعوى شخصية عينية فترجع نتائجها إلى الماضي فيفرض الموهوب له كأنه لم يكن مالكًا يومًا ما للجزء المخفض وينتج عن ذلك .

أولًا : تنقيص طبيعي : بمعنى أن الوارث صاحب حق الاحتياطي له الحق في طلب إرجاع عين الشيء الموهوب إلى التركة من الموهوب له منقولًا وعقارًا ، ويستثنى من ذلك :

(1) إذا كان الشيء الموهوب مما يفنى لأول استعمال فترد القيمة لا العين .

(2) إذا كان الموهوب له ممن له الحق في الاحتياطي بشروط المادة 924 .

(3) إذا كان الموهوب عقارًا وباعه الموهوب له بشروط المادة 930 .

ثانيًا : الثمار : كان مقتضى القاعدة العامة إرجاع الثمار أيضًا ، ولكن القانون أعفى الموهوب له من رد الثمار إلا من يوم رفع دعوى التخفيض .

أما الحقوق التي رتبها الموهوب له على العين الموهوبة موضوع دعوى التخفيض فتعتبر ملغاة نتيجة لإلغاء العقد .

بعض نقط هامة :

أولاَ : الهبات المتعلقة بالمنافع : إذا أعطى المتوفى حال حياته أو بعد مماته منفعة أو معاشًا مدى الحياة ، وكانت قيمته سنويًا تزيد عن القدر الزائد الذي له حق

التصرف فيه ، كأن كانت قيمته 200 جنيه وقيمة القدر الزائد 100 جنيه فحينئذ يخير القانون الوارث المستحق للاحتياطي بين أمرين : إما ترك الزائد في الملكية إلى الموهوب له ، أو الموصى له ، أو تنفيذ العطية كما هي .

فإن أعطى المتوفى حال حياته أو أوصى بالملكية المجردة وكانت قيمتها تزيد عن القدر الزائد الذي يجوز له التصرف فيه فلا خيار للوارث المستحق للاحتياطي بل تخفض الهبة أو الوصية إلى القدر القانوني ، بدون قياس على التصرف في المنفعة السابقة .

ثانيًا : تمليك العين التي لا تعود للترك : وذلك بأن يُملِّك أصلٌ أحد فروعه عينًا مع تكليفه بأداء معاش له مدى الحياة أو عدم إرجاعه إلى التركة بعد الوفاة أو مع الاحتفاظ بالمنفعة . ويفرض القانون أن الأصل أخفى الهبة تحت ستار التمليك بعوض ، وأعفى الوارث من رد هذه العين . وفي هذه الحالة يكون التمليك صحيحًا لكن إن زادت قيمة العين المملكة عن المقدار الزائد الجائز التصرف فيه وجب تخفيضها إلى القدر المذكور إذا أنقصت الاحتياطي . ولتطبيق هذه القاعدة يجب أن يكون هناك تمليك لعين لا تعود – يعني ببيع – بشرط ترتيب معاش مدة الحياة أو مع حفظ المنفعة ، ويجب كون المتملِّك وارثًا من أصله على خط مستقيم .

وافتراض القانون في هذه المسألة لا يعارض بدليل ، ولا يقبل إثبات العكس . وللخروج من هذا الافتراض يدخل الأصل المملك كل فروعه الوارثة منه على خط مستقيم في هذا التمليك ، فيحتفظ بأنه تمليك بمقابل لا يخفى هبة .

ويمكن تجنب تطبيق قواعد القدر الزائد والاحتياطي والخروج من التطبيق القانوني ، وحرمان ورثته من تركته بعد وفاته ، بحيث لا يمكن نقض عمله بعد وفاته وذلك بإعطاء أملاكه إلى شركة التأمين على الحياة نظير معاشٍ مدة الحياة فهذا تصرف بعوض لا يفترض القانون فيه هبة مستترة ، وليس للورثة ولا للقانون التعرض للشركة بعد وفاة المورث . ولذلك يقول المتشرعون إن هذا نقص في القانون يجب ملافاته والعمل على إصلاحه قدر المستطاع [1] .

---

(1) انظر : البنود من 931 إلى 930 ، في الباب الثالث ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 202 – 206 .

بند [48] الكمية الزائدة والمحفوظة في التركة

التشريع الإسلامي : الجزء المحفوظ أو الذي لا يجوز للمالك التصرف فيه هو الثلثان في الوصية وفي الهبة :

(1) إذا كان الواهب مريضًا ويشترط في المرض كثرة الموت منه بحكم الطب ولو لم يغلب .

(2) أو زوجة حاملًا ستة أشهر فأكثر .

(3) أو محبوسًا للقتل ثبت عليه بالبينة أو بالإقرار .

(4) أو حاضرًا صف القتال .

(5) أو زوجة حرة رشيدة لزوجها في تبرع للغير زاد على الثلث .

فالجزء المحفوظ في جميع ذلك الثلثان وهو الاحتياطي كما يسميه التشريع الوضعي ولا مانع شرعًا من تسميته أي اسم يصطلح عليه المتشرعون .

والجزء الزائد هو الثلث الذي يجوز التصرف فيه . فللشخص مريضًا أو سليمًا أن يوصي بثلث ماله أو أقل وتنفذ وصيته . وللمريض مرضًا يكثر الموت منه . وللزوجة الحامل لأكثر من ستة أشهر .وللزوجة بالنسبة لزوجها . وللمحبوس لقتل ثبت عليه . وللحاضر حومة الوغى .كل هؤلاء لهم حق هبة الثلث فأقل مما يملكون بلا احتياج لإجازة أحد فإن زاد تبرعهم عن ثلث ما يملكون وقع باطلًا كهبة وباطلًا كوصية في أحد قولين . ولكي تقع صحيحة يجب إجازة أصحاب الحق كالورثة مثلًا ، فتكون في الجزء الزائد عن الثلث ابتداء عطية ، لا بد فيها من القبول والحيازة قبل حصول مانع [1] .

وأما هبة الشخص الصحيح العاقل الرشيد لجميع ماله فهي صحيحة كان له وارث أم لا ، وليس لأحد حق الاعتراض عليه لأنه مالك يتصرف في ملكه كما يشاء ولم يتعلق بملكه حق للغير ولا شبه حق كما في حالة المريض والزوجة والمحبوس .. إلخ .

---

(1) وبطلت الوصية بزائد الثلث ، وإن أجاز الورثة الزائد فابتداء عطية منهم ، لا تنفذ لوصية الموصي ، فلابد من حيازة الموصى له قبل حصول مانع للمجيز (الشرح الصغير 179/4) .

وأما وصية من لا وارث له بكل ماله لشخص معين أو للفقراء والمساكين ففيها خلاف هل تصح أم تقع باطلة فيما زاد عن الثلث ؟ ومبنى هذا الخلاف على استحقاق بيت المال في التركة . والمشهور أن بيت المال عاصب فهو كوارث ثابت النسب كان منتظمًا أولا ، وقيل : إنه حائز للأموال الضائعة لا وارث ، وعليه فيجوز للإنسان الذي لا وارث له من النسب أن يوصي بجميع ماله لا على القول الأول فلا يجوز أن يوصي بأزيد من الثلث والحق لبيت المال في طلب بطلان الوصية فيما زاد [1] على الثلث [2] .

وبناء على ما أوضحنا فالجزء المحفوظ في الوصية الثلثان مريضًا كان الموصي أو سليمًا له وارث أم لا ، والجزء الزائد هو الثلث .

وليس في الهبة جزء محفوظ في الشخص الصحيح البالغ العاقل الرشيد ؛ فله أن يتبرع بجميع ماله بلا رقابة لأحد عليه ، والجزء المحفوظ في الهبة في الشخص المريض أو المرأة الحامل أو المحبوس للقتل أو الحاضر في صف القتال هو الثلثان . والجزء الزائد لكل واحد منهم هو الثلث يتصرف فيه كله أو بعضه بهبة .

والقاعدة أن المالك يتصرف في ملكه كما يشاء تصرفًا مطلقًا تسري على الواهب الصحيح البالغ الرشيد لأنه لا شبهة لأحد في ماله فله أن يهب كل ماله [3] . وأما بالنسبة للوصية فهي تصرف في ملك الورثة ؛ لأنه بوفاة المورث انتقل ملك أعيان التركة لهم [4] ، ولكن نظر المشرع إلى كونه متروكًا عن مالكه وهو الذي سعى فيه ويملكه فأباح له حق الوصاية بالثلث [5] .

---

(1) إذا لم يكن للميت من يرثه من النسب ولا من يرثه بالولد فماله مال المسلمين (مواهب الجليل 413/6) .

(2) عن الوصية بزايد الثلث [يعتبر الزائد يوم التنفيذ لايوم الموت وظاهره بطلان الزائد وإن لم يكن له وارث لحق بيت المال وهو مذهب مالك والجمهور وذهب أبو حنيفة إلى صحتها كأحمد في أحد قوليه وإن أجيز ما أوصى به للوارث أو الزائد على الثلث ...] الشرح الصغير جـ 4 ص 183 . بداية المجتهد جـ 2 ص 303 ، 331 .

(3) قاعدة : المالك يتصرف في ملكه كما يشاء تصرفًا مطلقًا تسري على الواهب الصحيح البالغ الرشيد لأنه لا شبهة لأحد في ماله فله أن يهب كل ماله .

(4) قاعدة : الوصية تصرف في ملك الورثة لأنه بوفاة المورث انتقل ملك أعيان التركة لهم .

(5) يقول الدردير : [الهبة تمليك من له التبرع . وخرج به الصبي والمجنون والرقيق والسفيه ومن أحاط الدين بماله] . الشرح الصغير جـ 3 ص 339 .

وأما بالنسبة للهبة من المريض مرضًا يغلب فيه الموت [1] والزوجة الحامل لما بعد ستة أشهر ، والمحكوم عليه بالموت قصاصًا وحاضر صف القتال فقد أُلحقوا بالموتى ؛ ففي أموالهم حق الورثة فلا يجوز لهم أن يهبوا أزيد من الثلث كما لا يجوز لهم الإيصاء بأزيد من الثلث .

والمساعدة المتبادلة بين أفراد العائلة الواحدة لا تذهب بالحق المطلق في التصرف فيما يملك بالهبة متى كان صحيحًا . وقد حافظ المشرع على ما يؤول إليهم بطريق الميراث ، فمنع المورث من التصرف فيه بأزيد من الثلث في وصيته ومبدأ المحافظة على أملاك العائلة لا يطبق على تصرفات الصحيح السليم العاقل الرشيد ؛ لأنه اعتداء على كامل أهلية الشخص الشرعية التي هي من مميزات الإنسانية ، والمحافظة على أملاك العائلة لا تقتضي إهدار الشخصية القانونية ، ومنع تداول أعراض الحياة وما به قوامها من يد ليد فهو نظام الكون الذي به يتم عمرانه [2] .

(1) نصت المادة 916 من القانون المدني المصري على إلحاق تصرفات المريض مرض الموت بالوصية ، ونصها :
1 - كل عمل يصدر من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع يعتبر تصرفًا مضافًا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام التسمية التي تعطى لهذا التصرف .
2 - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتًا .
3 - وإذا أثبت الورثة أن التصرف قد صدر من مورثهم في مرض الموت ، واعتبر التصرف صادرًا على سبيل التبرع ، مالم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا مالم توجد أحكام خاصة تخالفه .
والمادة تتفق مع المادة 943 من التقنين الكويتي . وتقابل المادة 1109 من التقنين العراقي . وتقابل المادتين 1128، 129 من التقنين الأردني .
ويتفق حكم الفقرة الأولى من المادة مع الأحكام الشرعية في تصرفات المريض مرض الموت . (انظر مجلة الأحكام العدلية فيما يتعلق بأحكام بيع المريض مرض الموت في المواد 393 - 395 من المجلة . وانظر المواد 1595 - 1605 من المجلة) . ونصت كذلك المادة 85 من مرشد الحيران على أن : « حكم الهبة في مرض الموت بعد استيفاء شرائطها قبله كحكم الوصية في اعتبارها من الثلث وتوقفها لو لأحد من الورثة على إجازتهم » .
أما أحكام بقية هذه المادة فتيسير الإثبات للورثة في هذا الصدد حيث يكون لهم بمقتضى الفقرة الثانية أن يثبتوا بجميع الطرق صدور التصرف من مورثهم وهو في مرض الموت ، فإذا نجحوا في ذلك قامت بمقتضى الفقرة الثالثة قرينة على أن التصرف كان من قبيل التبرع ، وبفضل هذه القرينة تتوفر الحماية للورثة من الوصية المستترة .
انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 402 .
(2) يقول الدردير عما يخرج من التركة قبل القسمة « فوصاياه من ثلث الباقي بعد ما تقدم ثم الباقي بعد الوصايا يكون لوارثه فرضًا أو تعصيبًا أو هما » الشرح الصغير جـ 4 ص 198 .

تحديد الاحتياطي :

الاحتياطي في التشريع الإسلامي واحد لا يتغير بالنسبة للورثة فهو الثلثان مع الورثة أصحاب الفروض ومع الورثة العصبة بلا فارق فهو مقدر لا يزيد ولا ينقص .

طبيعة الاحتياطي :

الاحتياطي هو التركة لأنه متى تصرف المورث في حقه وهو الثلث بوصية مثلًا فالباقي وهو الثلثان هو التركة التي تقسَّم بين الورثة إن كان وإلا فلبيت المال .

وقبول الوارث الميراث وعدم قبوله لا شأن له ولا مدخل في جواز التصرف في الوصية بما زاد على الثلث . غاية الأمر إن أجاز الوارث بعد الوفاة ما زاد على الثلث فهو ابتداء عطية من الوارث لا تنفيذا لوصية باطلة .

وقد سبق بيان الهبة للوارث وأنه متى حازها الوارث لنفسه ، أو حيزت له قبل حصول مانع فقد ملكها الوارث لنفسه بلا حق رجوع لأحد عليه فيما وهب له ، فإن اشترط الواهب أن الهبة ملكه ، وللموهوب له الانتفاع فقط ردت الهبة للتركة بعد الوفاة وكانت من الاحتياطي وهو التركة .

احتساب الكمية الزائدة والاحتياطي :

تحصر التركة بعد الوفاة ثم ينظر في تصرفات المتوفى من هبات فما نفذ منها وحازه الموهوب له قبل الوفاة نفذ وما لم يحز قبل الوفاة بطلت هبته وعاد للتركة وأصبح ميراثًا .

وينظر لوصاياه فإن زادت عن الثلث كان الأمر للورثة لهم أن يجيزوا ما زاد فيكون ابتداء عطية يجب فيها القبول والحوز ، ولهم إبطال ما زاد عن الثلث [1] .

فالهبة تنقطع بالموت والوصية تبتدئ بالموت [2] فيملك الموصى له الوصية بالموت . وغلة الموصى به الحادثة بعد الموت وقبل القبول قيل كلها للموصى له فلا تحسب من التركة .

---

(1) إن أجاز الورثة ما أوصى به إن كان زائدًا على الثلث فابتداء عطية لا تنفيذا لوصية الموصي (الشرح الصغير 179/4) .

(2) قاعدة : الهبة تنقطع بالموت والوصية تبتدئ بالموت .

وقيل : له ثلثها فقط . وسبب هذا الخلاف في الوقت المعتبر في تنفيذ الوصية ، فقيل : هو وقت قبول المعين لها فغلتها للموصي قبل القبول وقيل : وقت القبول ، أو وقت الموت ؛ لأن القبول شرط في تنفيذها والملك بالموت فثلث غلتها للموصى له فقط ، وهذا القول هو المشهور وأعدل الأقوال عند الإمام سحنون [1] .

وغلة الموصى به قبل وضع الموصى له تكون لورثة الموصي إذ الولد الموصى له لا يملك إلا بعد وضعه حيًّا حياة محققة . وقيل : توقف فتدفع للموصى له إذا استهل كالموصى به [2] .

ولا يحسب في التركة ما تصرف فيه قبل وفاته وكان تصرفًا صحيحًا . فإن كان تصرفًا باطلًا أو تصرفًا لم يتم بسبب الوفاة احتسب من التركة لأنه لم يخرج عن ملك المتوفى بسبب صحيح . وبعد حصر التركة يحصر الدين ويستنزل من التركة ولا تضم للتركة الأعيان الموهوبة قبل الوفاة وحازها الموهوب لهم .وقد سبق أن الوصية للوارث لا تصح وتقع باطلة ، والهبة للوارث تجوز وتصح متى حازها الموهوب له قبل وفاة الواهب [3] فينفرد بها دون بقية الورثة فإن لم يحزها قبل الوفاة عادت للتركة وقسِّمت بين الورثة كجزء من التركة .

وينتج عن هذا :

(1) أن الهبة والعطايا تنقطع بموت الواهب . فإن تمت فلا كلام لأحد .

(2) والوصية تكون في الثلث فأقل .

(3) الذي يملك حق رفع الدعوى في بطلان الوصية فيما زاد عن الثلث هو الوارث وهي دعوى مالية . وللموصى له رفع دعوى ضد موصى له آخر يكون أولى منه ومقدم عليه وضد الوصي أو الوارث .

(4) دائنو المتوفى لهم حق رفع الدعوى ضد الموصى لهم لاستيفاء حقهم قبْل

---

(1) هو عبد السلام بن حبيب بن حسان بن هلال بن بكار بن ربيعة التنوخي ، أبو سعيد ، الحمصي الأصل ، القيرواني المالكي . قاضي القيروان ، وصاحب المدونة ، ويلقب بسحنون – توفي سنة أربعين ومائتين وله ثمانون سنة . الذهبي في العبر 34/2 ، الذهبي في سير أعلام النبلاء 70/1 .

(2) يقول الدردير : [وإن أجيز ما أوصى به للوارث أو الزائد على الثلث أي أجازه الورثة فعطية منهم ، أي ابتداء عطية لاتنفيذ الوصية الموصى بها] الشرح ص 183 .

(3) قاعدة : الهبة للوارث تصح متى حازها الموهوب له قبل وفاة الواهب .

الموصى لهم [1] .

ترتيب التخفيض : لا كلام في الهبة بعد الموت زادت عن الثلث أو نقصت ، لأنها تعتبر هبة ، ما دام الواهب موجودًا ، وما دام الموهوب له حازها لنفسه قبل الموت . وإلا بطلت كهبة . والنظر إنما يكون في الوصية أو الوصايا هل زاد قدرها على ثلث التركة يوم التنفيذ لا يوم الوفاة فإن زادت الوصية الواحدة لشخص واحد عن الثلث أنقصت إلى الثلث ثم نفذت . وإن تعددت الوصية لشخص واحد فإن كانتا وصيتين متتابعتين نفذتا كوصيتين بنوعين مختلفين . وإلا نفذت أكثر الوصيتين وإن تقدمت الأكثر ، سواء كانتا بكتابين أو كتاب واحد . كل هذا متى وسع الثلث وإلا أنقص القدر إلى الثلث .

وإن تعددت الوصية لشخصين أو أكثر ووسعهما الثلث نفذتا ، وإن لم يسعهما الثلث ولم تلغ الثانية الأولى أُنقصتا بنسبة ما نقص الثلث عنهما ، فلو أوصى لشخص بخمسين 50 ج والآخر بمائة 100 ج ، وكان ثلث تركته مائة جنيه فقط أخذ الأول ثلث المائة ، وأخذ الثاني الثلثين وهي بنسبة الخمسين إلى المائة .

وإن تعددت الوصايا من المتوفى في وجوه بر أو التزامات ولم يتسع لها الثلث أخرج أولًا منه فك أسير ثم صداق مريض ثم زكاة أوصى بها [2] ولم تكن حالة . فإن كانت الزكاة حالة أو كانت زكاة حرث أو ماشية أو زكاة فطر حاضرة فمن رأس المال أولًا ، ثم كفارة ظهار وقتل ، ثم كفارة يمينه ، ثم كفارة لفطر رمضان وللتفريط ، ثم عتق ، ثم حج ، وفي هذا كفاية ومن أراد الاستزادة فعليه بباب الوصية في الشرح الكبير أو الحطاب أو الزرقاني [3] ففيها الكفاية .

---

(1) تناولت المادة 898 من القانون المدني المصري وجوب بدء المصفي بعد التجهيز ونفقات المأتم (المشار إليه في المادة 882 مدني مصري) وبعد تسوية الديون الواجبة على المتوفى بتنفيذ الوصايا ، وهو ما جاء في المادة 978 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .

وهو ما جاء كذلك في المادة 1094 من التقنين الأردني وهذا تطبيق لقاعدة الفقه الإسلامي القاضية بأنه لا تركة إلا بعد الوفاء بالديون .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 393 .

(2) اتفق مالك وجميع أصحابه على أن الوصايا التي يضيق عنها الثلث إذا كانت مستوية أنها تتحاص في الثلث ، وإذا كان بعضها أهم من بعض قدم الأهم . (بداية المجتهد 500/2) .

(3) هو عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد بن علوان الزرقاني الوفائي . أخذ عن الأجهوري والبرهان اللقاني والشمس البابلي . له مؤلفات منها شرح المختصر ، توفي سنة 1099 هـ .

عجائب الآثار للجبرتي 66/2 ، هدية العارفين 497/1 ، شجرة النور الزكية رقم 304 .

ولا يصح تفضيل وصية على أخرى إلا بنص من الموصي [1] .

طبيعة ونتائج دعوى التخفيض : دعوى التخفيض دعوى بطلان تصرف صدر من المتوفى ، ودعوى استحقاق على الموصى له متى وضع يده على أعيان الوصية بطلب ردها لأنها من التركة . فإن كانت لم تصل الوصية بعدُ ليد الموصى له فلا ترفع دعوى وإنما يمتنع الوارث أو الوصي من تسليم الوصية كاملة . فإن قبل الموصى له هذا الوضع كان بها ، وإلا فللوارث أو الوصي الدفع في قضية طلب تنفيذ الوصية بزيادتها عن ثلث التركة . وهو دفع مقبول ومسموع فيحكم للموصى له بأحقيته بالوصية فيما سوى ما زاد عن الثلث فترفض دعواه فيه .

ودعوى بطلان التصرف والاستحقاق ترجع للماضي ؛ فكان الموصى له لم يملك ما زاد على الثلث يومًا ما إذا أمكن إرجاعه عينًا كعقار مثلًا فإن حصل مفوت من مفوتات البيع حكم بالقيمة ، وكذلك يحكم بالقيمة في المقومات وفي المثلي بمثله ، وهذا في الوصية فقط . وأما الهبة فسبق بيانها .

وأما الثمار : فهي كوضع اليد على ملك الغير بسبب صحيح ؛ لأن الموصى له ظن أو اعتقد أنه مالك ولهذا كان لا بد من حكم في صحة الوصية أو عدم صحتها فيما زاد على الثلث ، ويكون إرجاع الثمار من يوم الحكم لا من يوم رفع الدعوى . وترتيب حقوق للغير على العين الزائدة عن الثلث يعتبر مفيتًا لها ؛ فعلى الموصى له القيمة إلا إذا قصد إفاتتها على الوارث ، فتكون تصرفاته ملغاة ، وترد العين للوارث .

ملحق في بعض نقط خاصة :

أولًا : الهبات المتعلقة بالمنافع

تقدم أن إعطاء الذات هو الهبة ، وإعطاء المنفعة إمَّا وقف أو عُمرى [2] .

---

(1) قاعدة : لا يصح تفضيل وصية على أخرى إلا بنص من الموصي .

(2) الهبة : تمليك من له التبرع ذاتًا بلا عوض .

الوقف : جعل منفعة مملوك ، ولو بأجرة لمستحق بصيغة .

العمرى : تمليك منفعة مملوك حياة المعطي بغير عوض .

(انظر التعريفات في الشرح الصغير الجزء الثالث صفحات 339 ، 336 ، 348) .

والوقف يجوز أن يكون مؤقتًا كما يجوز أن يكون مؤبدًا [1] . والعمرى تكون بتمليك منفعة مدة عمر الموهوب له وبعد حياة الموهوب له تعود العين الموهوب منفعتها إلى المعطي إن كان حيًا ، أو لورثته إن كان قد توفي [2] .

فالمنفعة التي وهبت تمت هبتها حال حياة الواهب فلا دخل لها بالتركة [3] ولا تحسب فيها ، ولا تقوَّم لأنه تصرف حال الحياة ولا اعتراض لأحد عليه إلا إذا كان بطلانه آتيًا من ناحية أخرى .

وأما الوصية بمنفعة ملك فلا تحسب المنفعة من أصل التركة إنما يحسب عين الشيء صاحب المنفعة مع منفعته [4] ؛ فلو أوصى المتوفى بسكنى داره وكان له عدة دور قومت دوره جميعًا بما فيها الدار الموصى بمنفعتها فلا دخل إذن لمنفعة الدار منفردة في التركة بعد تقويم نفس الدار في أصل حصر التركة وتقويمها . وكذلك في الوقف ، فلو أوقف منفعة فدانين مثلًا على أولاد أخيه لمدة حياتهم على أن تعود العين الموقوفة لورثته من بعده فتكون العين الموقوفة داخلة في التركة مجردة عن المنفعة المستقبلة ، ولا دخل للمنفعة في تقدير التركة فلا تقدر المنفعة منفردة مستقبلًا .

وإذا ملَّك أحد الأصول لأولاده أو أحفاده شيئًا ولم يشترط أن يكون ميراثًا فقد تم تملكه ، ولا رجوع لأحد عليه ولا يشاركه فيه أحد . فإن اشترط أخذ المنفعة فقط على أن تعود العين إلى التركة حين الوفاة وجب أن تعود وأن تحسب من التركة .

---

(1) الوقف يكون مدة ما يراه المحبس ، فلا يشترط فيه التأبيد (الشرح الصغير 336/3) . وهذا هو مذهب المالكية خلافًا للأحناف والحنابلة وغيرهم ممن اشترطوا تأبيد الوقف . وقد كان العمل في مصر قبل قانون 1946 على اشتراط تأبيد الوقف لصحته طبقًا للراجح من مذهب الأحناف ، لا فرق في ذلك بين ما يوقف على وجوه الخير والبر وما يوقف على سبيل الصلة كالوقف على ذرية الواقف . لكن جاءت المادة الخامسة من قانون الوقف الصادر في مصر عام 1946 بالنص على تأبيد الوقف على المسجد لصحته . أما الوقف على ما عداه من الخيرات فيجوز أن يكون مؤقتًا أو مؤبدًا وإذا أطلق كان مؤبدًا . أما الوقف الأهلي فلا يكون إلا مؤقتًا طبقًا لما جاء في المادة المذكورة . والأصل في جواز الوقف المؤقت هو المذهب المالكي .

(2) ورجعت العمرى بمعنى الشيء المعمر إذا مات المعْمَرُ له للمُعْمِر إن كان حيًا ، أو وارثه يوم موته إن مات . (الشرح الصغير 349/3) .

(3) قاعدة : المنفعة التي وهبت تمت هبتها حال حياة الواهب فلا دخل لها بالتركة .

(4) قاعدة : الوصية بمنفعة ملك فلا تحسب المنفعة من أصل التركة إنما يحسب عين الشيء صاحب المنفعة مع منفعته .

يصح للمالك التصرف فيما يملك بجميع وجوه التصرفات من بيع وهبة ورهن ووقف وإعمار ولو أتى على جميع ما يملك ولو لم يترك لورثته شيئًا . غير أن الوارد عن الرسول أن هذا حرام ، فقد سأله رجل فقال : يا رسول اللّه أريد أن أخْرُجَ عن مالي صدقة؟ فقال : لا ؟ قال له : النصف قال : لا ، ثم قال الرسول ﷺ : « الثلث والثلث كثير . لأَن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم فقراء يتكففون الناس السؤال [1] » أو كما قال . وقال الرسول الأعظم ﷺ ما معناه : « من أحرم وارثًا من ميراثه أحرمه اللّه من ريح الجنة » . وقد اختلف المجتهدون في حكم من كتب أملاكه حال حياته ولم يعدل حسب نص الشريعة الإسلامية بأن حرم الإناث ، أو فضل بعض أولاده على بعض ، فقال بعضهم : إنه حرام لأنه خالف ما فرضه اللّه ، وفصله في كتابه العزيز ، وأراد إغناء من فضلهم ، واللّه هو المغني ، وهو الضامن لحياة كل مخلوقاته . وقال بعضهم : لا حرمة فيه لأنه تصرف في حدود ما يملك ، ولم يتعد على حقوق أحد ، فإن انتظار الميراث ليس مؤكدًا لجواز أن يموت فقيرًا فلا يكون له تركة .

والرأي الذي أميل إليه أن مثل هذا التصرف حرام لعدة وجوه :

(1) أنه مخالفة صريحة لما فرض اللّه للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهذا يرث ، وذلك محجوب ، وهكذا مما شرع ﷻ في كتابه المنزل . وليس معنى الإسلام إلا الانقياد لما أمر به اللّه جل شأنه فتفضيل بعض الورثة على بعض حرام .

(2) إن هذا العمل فيه افتيات على قدرة الباري في ضمان أرزاق الجميع ، لأنه بتفضيله أراد ضمان مستقبله وحفظ كيانه ، وذلك لله وحده ، ولا شأن للمخلوق في ملك الخالق .

(3) إنه منعٌ لانتشار الملكية الصغيرة ولإحياء الفقير ، وهو مخالف لسنة الكون من وجوب تداول سلع الحياة وأسباب الرزق بين الجميع . أخيرًا وفقنا اللّه لما فيه رضاه فنعم المولى ونعم النصير .

---

(1) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الوصايا باب الوصية بالثلث [1250/3 رقم 1628/5] وأبو داود في السنن كتاب الوصايا باب (ما جاء في) مالا يجوز للموصي في ماله 112/3 رقم 2864 والترمذي في « السنن » كتاب الوصايا باب ما جاء في الوصية به الثلث 430/4 رقم 2116 عن سعد بن أبي وقاص ﷺ .

القسم التاسع

الكتاب الأول

بند [49] قواعد خاصة بالهبة

القانون الفرنسي : علانية الهبة : علانية الهبة بين الأحياء تعتمد ثلاثة أمور : تحرير العقد عند مسجل العقود ، قبول الموهوب له علانية وصراحة للهبة ، تحرير قائمة في المنقول بتقدير الهبة .

أولًا : تحرير عقد الهبة أمام مسجل العقود : كل عقد يحتوي هبة يجب أن يحرره مسجل العقود . ويشترط في تحرير شكل الإشهاد ما يأتي :

(1) أن يكون تحرير عقد الهبة في سجل ، حيث يبقى الأصل في مكتب مسجل العقود ، ويعطي الواهب صورة طبق الأصل .

(2) أن يكون بحضور شهود عند التلاوة والإمضاء .

وفي حالة مخالفة علانية عقد الهبة تكون الهبة غير موجودة قانونًا ، فلا يمكن تصحيحه إلا إذا عُمِل من جديد .

ثانيًا : القبول صراحة وعلانية : يجب أن يشتمل القبول على شيئين :

(1) أن يكون القبول صراحة ، فلو قبل ضمنًا لا يصح ، وتستعمل عادة كلمة (قبلت) .

(2) يجب أن يكون القبول بإشهاد مسجل أمام مسجل العقود في سجل محفوظ . وفي الغالب يكون القبول في نفس إشهاد الهبة ، وفي هذه الحالة تسري شروط إشهاد الهبة على القبول ضمنًا .

فإن كان القبول في إشهاد خاص فالهبة لازمة من وقت إبلاغ الواهب الهبة ، لا من وقت إشهاد الهبة .

وزمن القبول مدة حياة الواهب والموهوب معًا ، فإن مات أحدهما قبل قبول الموهوب له كانت الهبة ملغاة .

فإذا ألغي القبول لنقص في الشكل المشترط قانونًا فالهبة تعتبر غير موجودة . وإذا

ألغي القبول لعدم أهلية القابل الموهوب له فتلغى الهبة إلغاء عامًّا .

ثالثًا : تحرير قائمة بالقيمة : في حالة هبة المنقول يتعين تحرير قائمة بقيمة الأعيان الموهوبة وهو شرط في الشكل فيصح إيضاحه في إشهاد الهبة ، ويصح أن يكون بقائمة منفردة مشتملة على أنواع الهبة وعددها وأثمانها . وتُضَمُّ هذه القائمة إلى إشهاد الهبة بعد إمضائها من الواهب .

(ب) الهبة التي لا تشترط فيها العلانية :

تكون الهبة في عدة أشكال ولا يشترط فيها العلانية ، وذلك :

أولًا : الهبات غير المباشرة : وهي المنح التي نتجت عن عمل قانوني محدود ، وينتج ذلك في عملين :

(1) التنازل ، ويكون التنازل هبة غير مباشرة ، متى كان غرض صاحب الحق المتنازل عنه بتنازله منفعة المتنازل له ، كالتنازل عن الدين للمدين صراحة أو ضمنًا ، أو عن المنفعة لمالك الرقبة ، أو عن حق انتفاع على عين للمالك ، أو تنازل وارث لآخر .

(2) الشرط لأجل الغير : في الأحوال الاستثنائية التي يجوز فيها الشرط للغير يشتمل الشرط للغير على هبة غير مباشرة في علاقة المشترط عليه والأجنبي ، كمن يشترط للغير معاشًا مدة الحياة أو أي شرط آخر يكون له فيه منفعة .

ثانيًا : الزيادات غير المباشرة : وهي الهبات الناتجة تبعًا إلى أحد الطرفين من شروط في عقد بعوض . كمن باع عقارًا بأقل من قيمته الحقيقية قاصدًا منفعة المشتري بفرق الثمن الحقيقي والمدفوع من المشتري .

ثالثًا : الهبات المخفية : وهي الهبات المخفية تحت عقد بمقابل ظاهرًا كمن أراد هبة الشخص في شكل بيع فباع له عقارًا واعترف بقبض الثمن بدون أن يقبض شيئًا ، أو اعترف في عقد الزواج أنه قبض مهرًا دفعه له الزوج الآخر ، وهو لم يقبض شيئًا .

وقد اختلف علماء التشريع والقضاء في حكم الهبة المخفية ، فقال القضاء : إنها صحيحة ولا يصح إقامة دليل الضد ، وقال علماء التشريع : إنها غير صحيحة ،

ويصح إقامة دليل الضد فيها .

رابعًا : الهبة يدًا بيد : وهي هبة المنقول التي تكون بنقل العين الموهوبة من يد الواهب إلى يد الموهوب له ، وإنه وإن لم يوجد في القانون ما يمنعها فقد اتفق الجميع على جوازها وصحتها . والشرط الوحيد في صحة هذه الهبة وفي تحقق وجودها هو نقل العين الموهوبة إلى يد الموهوب له . وبهذا الشرط تنتقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له ، والشيء القابل للهبة اليدوية هو المنقول الجسماني الذي تتحقق الهبة بنقله من يد الواهب إلى يد الموهوب له ، فينطبق على الموبيليا وعلى السندات المالية لحاملها ، ويخرج الدين المدني والسندات المالية الاسمية والسندات تحت الأمر فلا تصح الهبة اليدوية فيها .

فإن صحب الهبة اليدوية شرط أو تكليف صحت وكان واجب النفاذ قضاء . وقال بعض العلماء : إن الهبة صحيحة والشرط لاغ ، وقال البعض الآخر وهو المقبول : بطلت الهبة [1] .

بند [50] قواعد خاصة بالهبة

التشريع الإسلامي : أصل العلانية أن تكون أمام شهود يعرفها الناس . ولا يشترط لصحة الهبة أن تكون علانية ، بل تصح بمجرد قول الواهب وهبت كذا أو أعطيت كذا لفلان ، وصح هذا العقد [2] .

---

(1) انظر : البنود من 931 إلى 952 ، في الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 206 – 211 .

(2) قاعدة : لا يشترط لصحة الهبة أن تكون علانية بل تصح بمجرد قول الواهب وهبت كذا أو أعطيت كذا لفلان ، وصح هذا العقد ولكن يلزم لإثباتها وجود ما يدل عليه . ولهذا جاءت المادة 488 مدني مصري بالنص على أنه يلزم لصحة الهبة أن تكون ثابتة بورقة رسمية ، وهو ما جاء كذلك في المادة 461 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 602 مدني عراقي ، والمادة 525 مدني كويتي . ومع ذلك فإنه إذا لم ينازع الواهب أو ورثته في الهبة غير الموثقة بورقة رسمية وأقبضوها الموهوب له فإنها تكون صحيحة بدون هذه الشكلية . وإنما اشترطت القوانين المذكورة هذه الشكلية في الهبة لانعقادها وصحتها بوجه العموم ، لأن الهبة عقد خطير ، تتضمن تنازل الواهب عن شيء من أملاكه دون مقابل ، الأمر الذي يجعله في أشد الحاجة للتأمل والتدبر ، وهو ما يتيحه اشتراط الشكلية . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 161 .

ولكن بما أن النفوس قد غلب عليها الشح ويخشى من النزاع مستقبلًا ، وبما أن نظر الناس قد امتد للماديات بنظر شَرِهٍ ، ولم يبق للمعنويات والحياء والإيمان إلا القليل الآن . وبما أن مذهب الإمام مالك مبني على سد الذرائع والمحافظة على مصالح الناس وأموالهم ، لهذا يجب أن تكون الهبة بإشهاد رسمي أمام مسجل العقود .

وقد أمر ولي الأمر بأن كل تمليك عقار يجب أن يكون عن طريق التسجيل (يعني بعقد رسمي مسجل) يمر بالمساحة المحلية ، فتحقق تحديده وأبعاده ، وتطلَّعُ على سند ملكية البائع ، ويدخل في هذا البيع والهبة والبدل والرهن وترتيب أي حق على العقار .

وكل تمليك للعقار أو على العقار لا يسجل رسميًا لا قيمة له ، ولا يفيد التمليك قطعًا ، إلا إذا صدر حكم بصحة التوقيع ونقل الملكية فيكون ناقلًا للملكية متى سجل ولو للهبة [1] .

---

(1) نصت المادة 488 من القانون المدني المصري طبقًا لما تقدم على أنه : « تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » .

وتقابل المادة 602 من التقنين العراقي .

فالمادة 602 من التقنين تنص على أنه : « إذا كان الموهوب عقارًا وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة » .

وتقابل المادة 525 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 - « يتوقف نفاذ عقد الهبة على أي إجراء تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية عليه ، ويجوز لكل من طرفي العقد استكمال الاجراءات اللازمة .

2 - وتتم في المنقول بالقبض دون حاجة إلى تسجيل » .

وتقابل المادة 525 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 - « لا تنعقد الهبة إلا إذا اقترنت بقبض الموهوب أو وثقت بمحرر رسمي .

وطبقًا لذلك يلزم لانعقاد الهبة ، فوق الإيجاب والقبول ، أن تكون بورقة رسمية ، سواء في العقار أو المنقول ، ما لم يتم تحت ستار عقد آخر . ولا تتم هبة العقار إلا إذا كانت بورقة رسمية . ويجوز أن تتم هبة المنقول بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية . فكما تتم هبة المنقول بالورقة الرسمية يجوز أيضًا أن تتم بالقبض . وفي هذه الحالة يغني القبض عن الورقة الرسمية . وليست هناك طريقة محددة للقبض ، فالنص مطلق ، وبذلك يصبح قبض الهبة معادلًا لتسليم المبيع .

والسند الشرعي للنص المقترح فيما يتعلق بالرسمية هو مصلحة حفظ المال ورفع الخصومة وسد أبواب الفتن .

وصيغة الهبة من إيجاب وقبول ركن من أركانها ؛ فلو انعدمت الصيغة بطلت الهبة [1] . غير أن الإيجاب قد يكون قولًا (كوهبت وأعطيت .. إلخ) وقد يكون فعلًا كإعطاء الموهوب يدًا بيد [2] أو تحلية ولده الصغير بحلية ذهبية بإلباسه إياها ، فتعتبر هبة ، أو شراء جهاز لابنته من ماله الخاص ، وحفظه لها لتأهيلها به عند زواجها من كل فعل يدل عرفًا على الهبة . والقبول قد يكون قولًا كقبلت مثلًا أو فعلًا كحيازة العين الموهوبة ، أو التصرف فيها ببيع أو هبة أو غيره من أنواع التصرفات . والحيازة وإن كانت شرطًا في تمام الهبة إلا أن وجودها دليل على قبول الموهوب له الهبة .

وقد نص الفقهاء على إنه إذا باع أو وهب الموهوب له قبل القبض فلا تبطل الهبة إذا أشهد على ذلك وأعلن [3] . وإن مات الموهوب له قبل علمه بالهبة فلا تبطل ويقبضها وارثه [4] (أى يقبل الوارث بدل مورثه الموهوب له) .والقبول قد يكون شفويًا أو تحريريًا على حد سواء ، وملك الموهوب له الهبة من وقت العقد لا من يوم الحوز أو التنفيذ . ولهذا نص الفقهاء على أنه يجوز تأخير القبول عن الإيجاب ، كما قال القرافي وابن عرفة ونصه (ابن عتاب) : ومن سكت عن قبول صدقته زمانًا فله قبولها بعد ذلك . فإن طلب غلتها حلف ما سكت تاركًا لها وأخذ الغلة) [5] .

ومعنى هذا أنه استحق العين الموهوبة من وقت الهبة . ولذا جاز له أخذ غلتها من يوم الهبة إن حلف ما سكت تاركًا لها .

وليس للقبول مدة محددة إلا أنه إذا علم الموهوب له بالهبة وكان لا يمنعه مانع

---

(1) قاعدة : صيغة الهبة من إيجاب وقبول ركن من أركانها فلو انعدمت الصيغة بطلت الهبة .

(2) من أركان الهبة صيغة صريحة أو ما يدل على التمليك ، وإن معاطاة إن كان لذات المعطي . الشرح الصغير (339/3) .

(3) قاعدة : إذا باع أو وهب الموهوب له قبل القبض فلا تبطل الهبة إلا إذا أشهد على ذلك وأعلن .

(4) قاعدة : إن مات الموهوب له قبل علمه بالهبة فلا تبطل ويقبضها وارثه .

(5) يقول المواق : « السبب الناقل للملك وهو صيغة الإيجاب والقبول الدالة على التمليك بغير عوض أو ما يقوم مقامهما في الدلالة على ذلك من قول أو فعل] . التاج والإكليل جـ 6 ص 53 ، مواهب الجليل جـ 6 ص 53 الشرح الصغير جـ 3 ص 339 .

من القبول وأعرض عنها مدة يقتضي العرف أن هذا يعد منه إعراضًا عن القبول فيعتبر رافضًا .

ونص الفقهاء على أن الهبة تبطل إذا وهبها واهبها لشخص ثان وحازها قبل الأول [1] ، ولا قيمة على الواهب للموهوب له الأول ولو جد في الطلب على المشهور [2] . ونصوا على أن الهبة لا تبطل ببيعها من واهبها قبل علم الموهوب له أو بعد علمه ولم يفرط في حوزها . ويخير الموهوب له في رد البيع أو في إجازته وأخذ الثمن [3] . فإن علم بالبيع وفرط في حوزها مضى البيع وله الثمن ، وقيل : الثمن للواهب [4] . وقد صرح الحطاب بأن الهبة لا تتحقق إلا بالإيجاب والقبول صراحة أو دلالة ، وشرط القبول يجب تحققه إذا كان الموهوب له معينًا . وأما الموهوب له غير المعين فشرط القبول لا يتحقق ، ولا يمكن تحققه ، ومع ذلك فالهبة صحيحة [5] .

فإن رد الموهوب له المعين الهبة فهي للواهب أو لورثته ، فلو مات الموهوب له المعين بعد علمه بالهبة وقبل القبول والحوز بطلت الهبة . ولو مات الواهب أو جُنَّ أو مرض واتصلا بموته قبل قبول الموهوب له وحيازته بطلت الهبة (وفي ذلك تفصيل مفيد فارجع إليه في كتاب الهبة) في الشرح الكبير [6] .

فإذا كان الشكل معتبرًا فيجب استيفاؤه حسب ما نص عليه ولي الأمر ، وإلا كان لا ثمرة للهبة فتبقى العين الموهوبة على ملكية الواهب ، فتكون تركة تورث عنه ، إلا إذا سلمها الورثة للموهوب له .

---

(1) قاعدة : الهبة تبطل إذا وهبها واهبها لشخص ثان وحازها قبل الأول .

(2) بطلت الهبة بهبة من واهبها لشخص ثان غير الأول ، وحاز الثاني قبل الأول ، فتكون للثاني لتقوي جانبه بالحيازة ، ولا قيمة على الواهب للموهوب له الأول ، ولو جد في الطلب على المشهور . الشرح الصغير (340/3) .

(3) قاعدة : الهبة لا تبطل ببيعها من واهبها قبل علم الموهوب له أو بعد علمه ولم يفرط في حوزها ويخير الموهوب له في رد البيع أو في إجازته وأخذ الثمن .

(4) لا تبطل الهبة ببيع من واهبها قبل علم الموهوب له بالهبة ، وكذا بعد علمه ، ولم يفرط في حوزها ، وإذا لم تبطل خير الموهوب له في رد البيع ، وفي إجازته ، وأخذ الثمن ، وإن باعها واهبها بعد علم الموهوب له ، وفرط في حوزها مضى البيع ، وإذا أمضى فللموهوب الثمن ، وقيل : الثمن للواهب . الشرح الصغير (341/3) .

(5) السبب الناقل وهو صيغة الإيجاب والقبول الدالة على التمليك بغير عوض ، أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك من قول أو فعل . مواهب الجليل (54/6) .

(6) وبطلت الهبة بجنون ، أو مرض اتصلا بموت الواهب ، أو بموت الواهب قبل الحوز . الشرح الصغير (340/3) .

وإن كان القبول والحيازة من غير أهل فهي عدم ؛ فلو حصل مانع قبل القبول والحوز الصحيحين بطلت الهبة ؛ لأن الحوز والقبول من غير أهله لغو ولا قيمة له شرعًا . وليس بلازم تحرير قائمة غير أنه إذا كان لا بد من إشهاد في العقار فيوضح فيه صفة العقار وحدوده وقيمة ثمنه إلخ .

الهبات غير المباشرة : يصح أن تكون الهبة بطريق غير مباشر كالتنازل عن الدين للمدين ؛ فيشترط قبول الموهوب له في حياة الواهب وعلم الموهوب له بالهبة . فإن لم يقل قبلت حتى مات الواهب ، فقبل بعده أو لم يقبل ، بطلت الهبة عند الإمام عبد الرحمن بن القاسم ، وصحت عند أشهب . وإن لم يعلم بالهبة حتى مات الواهب بطلت اتفاقًا . وكذلك التنازل عن المنفعة لمالك الرقبة أو عن حق انتفاع على عين للمالك ، أو تنازل وارث لآخر ، كل هذه يصح أن تكون هبات غير مباشرة .

والشرط لأجل الغير هبة يشترط للموهوب له القبول حتى تصح ، والزيادات غير المباشرة هبة كذلك ، والهبات المخفية تحت عقد هبة .

وكل هذه الهبات إن وقعت من الواهب وهو صحيح عاقل رشيد صحت ولا حق لأحد في الاعتراض عليها [1] . وإن وقعت من محجور عليه لصغر أو سفه ردت قولًا واحدًا [2] . وإن وقعت من مريض مرضًا يكثر فيه الموت ، أو من شخص أقرب إلى الموت منه إلى الحياة كمن في صف القتال ، أو من محكوم عليه بالقتل ومحبوس للتنفيذ ، فإن كان التصرف لوارث بطلت لأنها وصية ولا وصية لوارث ، وإن كان لغير وارث صحت في الثلث . وإن كان لمتهم بجناية عليه بطل [3] كوصية . فإن شفي من مرضه الذي وقع فيه التصرف صح ، وكان هبة متى حازه الموهوب له قبل حصول مانع من الحوز وإلا بطلت .

---

(1) قاعدة : الهبات إن وقعت من الواهب وهو صحيح عاقل رشيد صحت ، ولا حق لأحد في الاعتراض عليها .

(2) وأما السفهاء ، والمفلسون فيلزم عند من يقول بالحجر عليهم أن هبتهم غير ماضية . بداية المجتهد (486/2) .

(3) قاعدة : والهبات إذا وقعت من محجور عليه لصغر أو سفه ردت قولًا واحدًا . وإن وقعت من مريض مرضًا يكثر فيه الموت ، أو من شخص أقرب إلى الموت منه إلى الحياة كمن في صف القتال – أو من محكوم عليه بالقتل ومحبوس للتنفيذ – فإن كان التصرف لوارث بطلت لأنها وصية ولا وصية لوارث ، وإن كان لغير وارث صحت في الثلث ، وإن كان لمتهم بجناية عليه بطل .

وصحت الهبة اليدوية يدًا بيد وهي هبة المنقول ، ويشترط فيها القبول . وهو الأخذ بالفعل لكل شيء تنتقل ملكيته بمجرد الإعطاء والتملك كالنقود وورق النقد من أي نوع . وأما الدين على الغير فله إجراء خاص سبق في بيع الدين أو هبته . والسندات المالية الاسمية تحتاج لإجراء خاص لا يتحمله العطاء يدًا بيد . والسندات تحت الأمر لم تخرج عن أنها دين على الغير واجب السداد ، فهي كالدين سواء بسواء .

والهبة اليدوية ككل هبة تصح مع الشرط غير المخالف لقواعد الشرع ولا لأوامره ونواهيه ، وتصح أيضًا مع التكليف [1] كما سبق شرحه .

بند [51] نتائج الهبة بين الأحياء

القانون الفرنسي : الهبة بين الأحياء متى تمت أنتجت عدة نتائج :

أولًا : الهبة تنقل ملكية العين الموهوبة ، وترتب حقوقًا عينية على الشيء الموهوب ، فمتى تمت الهبة انتقلت الملكية بالنسبة للطرفين ، ولكن لا يعارض بها الشخص الثالث في العقار إلا إذا سجلت في سجل الرهونات . وكذا تُرتب الهبة حقوقًا عينية كحق المنفعة والارتفاق .

ثانيًا : واجبات الواهب ، الواهب ملزم بما يأتي :

1 - تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له .

2 - تنفيذ تعهداته التي منها تتكون الهبة ، كدفع أقساط التأمين مثلًا في إهداء معاش مستمر مدى الحياة .

3 - ضمان الهبة للموهوب له من استحقاق الغير أو منازعته ، وهذا من ناحية الواهب شخصيًا فقط لا من ناحية أي شخص آخر بخلاف البائع ، فإنه يضمن المبيع من منازعة الغير أو استحقاقه ، سواء جاء النزاع من ناحيته أو من ناحية الغير . فإن أثبت مدعي الملكية مثلًا أنه هو المالك الحقيقي وحكم له بملكية العقار فلا حق للموهوب له في الرجوع على الواهب بأي شيء ، لأن الواهب ملك الموهوب له ما

---

(1) قاعدة : الهبة اليدوية ككل هبة تصح مع الشرط غير المخالف لقواعد الشرع ولا لأوامره ونواهيه ، وتصح أيضًا مع التكليف .

ظن أنه مالك له ولم يلحق ضررًا بالموهوب له .

ويجب الضمان في الهبة حتى قِبَل فعل الغير كالضمان في البيع فيما يأتي :

1 - متى تعهد الواهب للموهوب له بشرط الضمان صراحة في إشهاد الهبة .

2 - متى كانت الهبة عملت بعنوان المهر .

ثالثًا : واجبات الموهوب له : المفروض أن الموهوب له لم يكن طرفًا في عقد الهبة ، فلم يتعهد بشيء للواهب . فالموهوب له ، له أن يستفيد بدون أي تكليف . غير أنه مع هذا يجب على الموهوب له بعض التزامات عادة أو بطريق الاستثناء ، وهي :

1 - الإنفاق على الواهب فيما يحتاجه ، لأنه مفهوم أن الهبة تتضمن مراعاة الواهب في ذلك . وقد علل هذا الوجوب بأن له إلغاء الهبة إذا امتنع الموهوب له عن الإنفاق ، ولكن القضائيون عللوا هذا بأن جواز إلغاء الهبة راجع إلى كفران النعمة لا إلى عدم القيام بالإنفاق .

2 - عمل ما التزم به الموهوب له من شروط الواهب . فإن لم ينفذها جاز إلغاء الهبة .

3 - دفع دين الواهب : معلوم أن الموهوب له بعنوان خاص ليس ملزمًا بدفع دين الواهب ، لكن متى كان مشترطًا ذلك وجب عليه أداؤه . فإن امتنع جاء إلغاء الهبة .

عدم جواز الرجوع في الهبة بين الأحياء ونتائج ذلك :

يرجع الكلام في هذا إلى ثلاث مسائل رئيسية :

أولًا : قاعدة عدم جواز الرجوع في الهبة في حد ذاتها : لا يجوز للواهب بطريق مباشر أو غير مباشر الرجوع في الهبة ، أو اشتراط جواز الرجوع فيها ضد الموهوب له ، وكان هذا داعيًا إلى تفكير الواهب قبل الإقدام على الهبة .

فلا يجوز الرجوع في الهبة ، وهذا تطبيق للقاعدة العامة على كل عقد . غير أنه مثلًا في البيع يصح لأحد المتعاقدين اشتراط الفسخ بدون أي إجراء آخر ، وفي الهبة لا يصح مثل هذا الشرط بأي حال ولا يعمل به ، كما لا يجوز اشتراط أي شرط اختياري لصالح أحد الطرفين إلا ما نص عليه قانونًا .

ثانيًا : الشروط المضادة لأصل عدم الرجوع في الهبة : لا يجوز هبة الأملاك

المستقبلة . والمراد بالأملاك المستقبلة الأملاك التي تركها متوفًّى عند وفاته ، ولم يكن تصرف فيها . فإذا وهب أملاكًا حاضرة ومستقبلة صحت الهبة في الحاضرة دون المستقبلة ، فهي باطلة بطلانًا أصليًا .

ولا يجوز هبة شيء على أن يكون نفاذ الهبة موقوفًا على إرادة الواهب ، بل يجب أن تكون الهبة بتًّا لا خيار فيها ، وكذا تكون الهبة باطلة إذا توقفت على شرط كالذهاب إلى روما ، أو كفعل زيد كذا .

ولا تجوز الهبة بشرط دفع دين الواهب بعد وفاته إلا إذا كان الدين محدودًا وقت الهبة ومذكورًا في إشهاد الهبة أو في قائمة ملحقة بها ، فإن فعل بطلت الهبة بطلانًا أصليًا .

ولا تجوز هبة شيء مع الاحتفاظ بحق التصرف فيه ، أو في جزء منه ، أو بمبلغ من المال منه وإلا كانت الهبة ملغاة .

ثالثًا : الشروط التي لا تتعارض مع أصل (عدم الرجوع في الهبة) :

إذا اشترط الواهب احتفاظه بمنفعة العين الموهوبة صح الشرط والهبة . والعلاقة إذَنْ بين الواهب المحتفظ بالثمار والموهوب له ، الذي يملك العين الموهوبة عارية كالعلاقة التي بين من له حق الانتفاع العادى ومالك الرقبة بلا فارق ، إلا أن الواهب لا يقدم ضمانًا كالمنتفع العادي .

وإذا شرط الواهب في عقد الهبة أن العين الموهوبة ترجع إليه بعد موت الموهوب له أو بعد ورثته صح شرط الهبة ، لأنه معلق على موت الموهوب له ، دون إرادة الواهب . والذي ينتفع بهذا الشرط هو الواهب فقط لا ورثة الغير . فإذا مات الواهب قبل الموهوب له بطل الشرط وافترض القانون أن هذه الهبة كانت بدون شرط . وإن مات الموهوب له قبل الواهب عادت الهبة إلى الواهب ، فهو شرط ملغي ، واعتبرت الهبة كأنها لم تكن ، وانسحب أثر الإلغاء إلى الماضي فتلغى الحقوق العينية ، ويلغى التمليك الذي حصل من الموهوب له قبل وفاته على العين الموهوبة ، وتبقى الأعمال الإدارية والثمرة المتحصلة بمعرفة الموهوب له قبل وفاته .

ويستثنى من تصرفات الموهوب له الباطلة بموته وإرجاع العين الموهوبة للواهب ما يأتي :

1 - يبقى رهن الزوجة على أملاك زوجها الموهوب له على عين الهبة ، ولو

عادت للواهب بشرط :

1 - أن يكون الضمان في إرجاع المهر أو تنفيذ شرط في عقد ترتيب أموال الزوجين .

2 - إذا كانت الهبة تمت في عقد ترتيب أموال الزوجين الذي وجد فيه وبسببه رهن الزوجة على أملاك الزوج .

ومن هنا يفهم أن الهبة لم تعط للزوج إلا كضمان لما دفع من المهر من الزوجة فيبقى الضمان ولو عادت الهبة للواهب .

المستثنيات من قاعدة (عدم جواز الرجوع في الهبة) :

الهبة بين الأحياء يجوز الرجوع فيها لثلاثة أسباب :

أولًا : عدم تنفيذ شرط الواهب .

ثانيًا : نكران جميل الواهب من الموهوب له .

ثالثًا : وجود ولد للمتوفى بعد وفاته .

أولًا : استرجاع الهبة لعدم تنفيذ شرط الواهب : إذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ شرط الواهب المدون في إشهاد الهبة جاز الرجوع في الهبة وأخذها . ويرتكز أساس هذا الاسترجاع على قاعدة الإلغاء لشرط في العقد ملحوظ بين الطرفين ، وهو أنه إذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ شرط الواهب كانت الهبة ملغاة ، وللواهب الخيار في جبر الموهوب له على تنفيذ شرطه أو في إلغاء الهبة . وأما المنتفع بتنفيذ الشرط فليس له إلا مطالبة الموهوب له بتنفيذ الشرط فقط دون حق طلب إلغاء الهبة .

واسترداد الهبة لا يكون إلا بحكم قضائي يصدر بناء على طلب الواهب أو ورثته . ويجوز للمحكمة إعطاء مهلة للموهوب له لتنفيذ الشرط . والإلغاء يرجع للماضي ، ويجوز أن يشترط الواهب أن إلغاء الهبة في هذه الحالة يكون فورًا وبكامل الحقوق .

ومتى تم فسخ عقد الهبة عادت العين الموهوبة سليمة من كل حق للغير عليها . ولو كانت مبيعة من الموهوب له أُلغي البيع ، وافترض القانون أن هذه الهبة لم تكن موجودة يومًا ما ، فسقط بذلك جميع الحقوق العينية التي ترتبت بتصرف الموهوب له مع تطبيق المادة 2279 فيما يختص بالمنقول ، ومع الاحتفاظ بالتصرفات الإدارية وما قبضه الموهوب له من ثمرات .

ويبقى حق إلغاء الهبة مستمرًا ثلاثين سنة ، وسقوط الحق بمضي المدة يبتدئ من يوم عدم تنفيذ شرط الواهب ، وجواز استعمال حق إلغاء الهبة .

ثانيًا : استرداد الهبة لكفران الجميل : يمكن استرجاع الهبة من الموهوب له متى أنكر جميل الواهب وعمل على عدم احترامه ويقوم أساس هذا الاسترداد على معاقبة الموهوب له لكفران نعمة الواهب ، وكان هذا في القانون الروماني خاصًّا بالهبة للمعتوق ثم عمم لكل هبة ظاهرة أو خفية مباشرة أو غير مباشرة .

ويستثنى من ذلك الهبة التي حصلت من الغير في عقد الزواج ، فلا يصح استرجاعها لكفران النعمة ، لأن الملحوظ فيها ما ينتج عن الزواج من أولاد ، فلو تعدى إليهم هذا السبب لأصاب البريء .

وقد أظهر القانون شدة في عقاب منكر الجميل في الهبة أكثر من عقابه في عدم استحقاقه للميراث ؛ لأن حق الميراث استمده الوارث من القانون بخلاف حق الهبة فقد استحقه من الواهب ، ولأن الواهب قد تجرد من ملك العين الموهوبة ومنفعتها لصالح الموهوب له ، وحرم نفسه منها حال حياته ، بخلاف المورث فقد انتفع بميراثه إلى وفاته .

وأسباب الرجوع في الهبة ثلاثة :

1 - التعدي على حياة الواهب ولو بدون صدور حكم ؛ فلو أطلقت المحكمة سراح المعتدي جاز للواهب الرجوع في الهبة لهذا السبب .

2 - سوء المعاملة بإهانة أو جريمة شديدة من الموهوب له إلى الواهب ويترك تقدير ذلك إلى محكمة الموضوع .

3 - رفض مساعدة الموهوب له إلى الواهب في إعطائه معاشًا .

والرجوع في الهبة لسبب كفران النعمة لا يتم إلا قضائيًا ؛ فلا بد من صدور حكم به من المحكمة الابتدائية المختصة ، ولا يكون الرجوع بقوة القانون ولا بالاتفاق بل لابد من حكم قضائي لأحد الأسباب الثلاثة .

وهذه الدعوى خاصة بالواهب فقط إلا في الحالتين الآتيتين فينتقل الحق للورثة .

(1) إذا مات الواهب بعد رفع الدعوى فللورثة السير فيها إلى النهاية بعد الوفاة .

(2) إذا مات الواهب في السنة التي حصل فيها سوء المعاملة فيجوز للورثة السير فيها .

وهذه الدعوى خاصة بشخص الواهب فلا حق لدائني الواهب في رفعها باسمه ولا لورثته إلا في حدود المستثنى . والدعوى كذلك خاصة بشخص الموهوب له فلا ترفع الدعوى ضد ورثته مباشرة . ويجب التأشير على هامش إشهاد الهبة بطلب الاسترجاع أي يجب إشهار طلب الاسترجاع ليتبين الغير بما يترتب على تصرفه بعد ذلك . وحكم استرجاع الهبة لا يرجع للماضي فيما يختص بالشخص الثالث أو بالغير ، بمعنى أن الموهوب له إذا تصرف في الهبة بتمليك للغير أو رتب حقوقًا عينية على العقار الموهوب فليس للواهب حق الرجوع على المالك ، أو صاحب الحق المذكور ، ولهم معارضته بحقهم المذكور .

لكن حكم استرجاع الهبة يرجع للماضى حتى بالنسبة للغير من يوم التأشير على هامش إشهاد الهبة بطلب الاسترجاع . لأن الغير أهمل لعدم توثقه من ملكية الموهوب له للعين الموهوبة . وبذا يكون التمليك وترتيب حق عيني على الهبة باطل من يوم التأشير بسجل الرهونات على هامش إشهاد الهبة .

وحكم استرجاع الهبة يرجع للماضي بالنسبة للواهب والموهوب له بمعنى أن الهبة يجب أن ترد بعينها إن كانت تحت يد الموهوب له . فإن كانت عقارًا وتصرف فيها بالتمليك للغير وجب تقويمها وقت تقديم الطلب ودفع قيمتها للواهب . وإن رتب عليها حقًّا عينيًّا وجب تعويض الواهب بقيمة ما أصاب العقار من هذه الحقوق . أما الثمار التي استحوذ عليها فلا يرجعها إلى يوم تقديم الطلب ومن يوم تقديم الطلب وجب على الموهوب له ردها للواهب .

وتسقط دعوى استرجاع الهبة إما بسماح الواهب للموهوب له صراحة أو ضمنًا ، وإما بمضي سنة واحدة من تاريخ صدور الإهانة وعِلْمِ الواهب بها .

ثالثًا : استرجاع الهبة لحدوث مولود له بعد الهبة : هذا السبب يرجع إلى القانون الروماني أيضًا . وسبب ذلك أن القانون يفرض أن إرادة الواهب ضمنًا أن يهب للغير ما دام لم يكن له ولد . ومفهوم أنه لو كان له ولد لما فعل ، ولذلك أباح له القانون الرجوع في الهبة لهذا السبب حتى ولو تعهد في إشهاد الهبة أنه لا يرجع فيها ولو وجد له ولد بعد الهبة . والرجوع في كل الهبات على أي شكل كانت ، ولأي شخص كان ، حتى ما وهبه بسبب زواج الغير فقط . ويستثنى الهبة من أحد الزوجين للآخر ،

سواء في عقد الزواج ، أو في مدة الزواج ، فلا يصح الرجوع فيها قانونًا .

شروط استعمال حق استرجاع الهبة لهذا السبب :

أولًا : يجب أن لا يكون للواهب ولد وقت إشهاد الهبة .

ثانيًا : يجب أن يوجد له ولد بعد الهبة .

فإن وجد ولد شرعي أومعترف به أو أولاد ولد وإن سفل وقت الهبة منع الرجوع فيها . وإن وُجِد حمل أو ولد طبيعي أو ولد متبنىً وقت الهبة فلا يمنع استرجاعها لوجود ولد بعدها .

والولد الذي يكون سببًا في استرجاع الهبة هو من وجد بعد الهبة من أولاد شرعيين أو أولادهم لا الولد المتبنى . وأما الولد الطبيعي المعترف به فإن ولد بعد الهبة صح استرجاع الهبة وإن كان موجودًا وقتها فلا ، ولو اعترف به بعدها .

استرجاع الهبة يكون حقًّا كاملًا بمعنى أنه لا يحتاج إلى حكم بالإلغاء ، فيصح أن يكون بالاتفاق ، فإن لم يقبل الموهوب له كان للواهب رفع دعوى رد العين الموهوبة لإلغاء عقد الهبة . لأن الهبة ألغيت بنص القانون ، فلا تحتاج لحكم في هذا الموضوع ، بخلاف الأسباب السابقة فلا بد فيها من حكم بالبطلان .

وحكم استرجاع الهبة يرجع للماضي فكل تمليك أو حق ترتب من الموهوب له على العين الموهوبة يكون باطلًا ، ويطبق عليه شروط ونتائج الشرط الملغي في العقود العامة ، ماعدا استرجاع الثمرات ، فليس الموهوب له ملزمًا بردها إلا من يوم إنذاره بالرد أو ردها بالاتفاق .

وللواهب حق التصرف في أعيان الهبة من جديد ؛ لأنها قد دخلت قانونًا في ملكه فله حق التصرف كما يشاء فلا تكون ملكًا للولد الذي كان سببًا في إلغائها إلا إذا وجدها في مال المتوفى ميراثًا ، بل للواهب أن يعيدها هبة لنفس الموهوب له أو لغيره بشروط الهبة من جديد .

ويسقط حق استرجاع أعيان الهبة بمضي ثلاثين سنة من تاريخ ولادة آخر ولد أو ولد ولد للواهب .

وسقوط الحق بوضع اليد مدة 30 سنة يخالف القانون العام في :

(1) لا اعتبار لغير مضي مدة الثلاثين سنة سواء كان وضع اليد بحجة قانونية أو بحسن نية أو لا .

(2) تبطل الهبة بحدوث ولد للواهب من يوم ولادته لكن مدة الثلاثين سنة تبتدئ من ميلاد آخر ولد للواهب .

(3) بعد مضي الثلاثين سنة كأن الهبة تأكدت من جانب الواهب وهذا ما يتفق مع إلغائها بكامل الحق [1] .

بند [52] نتائج الهبة

التشريع الإسلامي : متى تمت الهبة من إيجاب وقبول لمعين انتقلت ملكية العين الموهوبة إلى الموهوب له . فإن أشهد الواهب على الهبة ومات الواهب أو مات المرسل إليه المعين فلا تبطل الهبة ، وهي لورثة الموهوب له ميراثًا [2] .

فإن جَدَّ في الحوز والواهب يُسوِّف حتى مات فلا تبطل ، ومتى أشهد الواهب فللموهوب له معارضة الغير ، ومتى تم الحوز فقد تمت الهبة [3] .

بين الطرفين ومع الشخص الثالث :

فإن وهب ولم يشهد أنها له ، ومات الواهب أو المرسل إليه بطلت الهبة . وكذا لو أفلس مثلًا فلا يعارض الغير بهذه الهبة .

وهذا في المنقول . وأما في العقار فلا بد من نقل التكليف حسب أمر أولي الأمر وإلا فلا يعارض بالهبة العقارية الغير .

واجبات الواهب : يجب على الواهب تسليم العين الموهوبة إلى الموهوب له ليحوزها لنفسه لتتم الهبة ، وأُجبر الواهب على تمكين الموهوب له من العين الموهوبة من القاضي أو الحاكم إذا لم يكن القضاء موجودًا [4] .

---

(1) انظر : البنود من 931 إلى 966 ، في الباب الرابع ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 206 - 214 .

(2) الشرح الصغير (340/3) .

(3) وصح القبول إن جَدَّ الموهوب له في الحوز وفي قبض الهبة من الواهب ، والواهب يسوِّفُ به حتى مات . الشرح الصغير (341/3) . بداية المجتهد جـ 2 ص 327 .

(4) تناولت المادة 493 من القانون المدني المصري ما يترتب على انعقاد الهبة ونقل ملكية الشيء الموهوب إلى =

كما يجب عليه تنفيذ تعهداته بالنسبة إلى الشيء الموهوب . فإن وهب عقارًا لأولاد ولده وكان مرهونًا نظير باقي ثمنه وتعهد بالسداد وجب عليه الوفاء لما تعهد به .

وضمان الواهب للهبة يلزم بمجرد عقد الهبة والضمان في عدم الرجوع على الواهب متى تم الحوز حتى ولو لم يقبضها الموهوب له [1] ، فإن باعها الواهب قبل علم الموهوب له أو بعد علمه ولم يفرط في حوزها فلا تبطل الهبة ، ولكن يخير الموهوب له في رد البيع وفي إجازته وأخذ الثمن فإن علم الموهوب له بالبيع وفرط في حوزها مضى البيع وله الثمن ؛ لأنه ملك الهبة بمجرد الإيجاب وتمامها بالقبض[2] ، وقيل الثمن للواهب لأنه لم يقبض ولم يقبل قبل البيع فهو مفرط .

وإن وهبها الواهب لشخص ثان وحازها قبل الأول فهي للثاني لتقوِّي جانبه بالحيازة ولا قيمة على الواهب للموهوب له الأول ، ولو جدَّ في الطلب على المشهور ، وقيل : على الواهب القيمة يوم الهبة لأنه تصرف في ملك الغير ؛ لأن الموهوب له ملك العين الموهوبة بمجرد الهبة .

ومن هذا يتبين أن ضمان الواهب للهبة في تصرفه هو في بعض الأحوال لأنه متصدق بما وهب ، غير أن أفعال المكلفين تصان عن العبث ، فمتى وهب لزمه ما وهب ، وعليه تسليمه فإن تصرف فقد عرفت حكمه .

كل هذا في تصرف الواهب نفسه ، فإن استحقت الهبة من الغير أو هلكت فلا ضمان على الواهب للموهوب له [3] .

= الموهوب له بمجرد انعقاد العقد ، من وجوب تسليم العين الموهوبة للموهوب له ، ونصها : « إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب فإن الواهب يلتزم بتسليمه إياه . وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع » . وهو ما تناولته المادة 1/530 من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يلتزم الواهب بتسليم المال الموهوب ، إذا لم يكن الموهوب له قد قبضه . وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع » والسند الشرعي لوجوب التسليم ما يراه المالكية من أن الهبة تنعقد صحيحة لازمة للواهب ناقلة للملك بمجرد العقد ، ويجبر الواهب على التسليم (انظر مادة 530 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ومذكرتها الإيضاحية .

(1) قاعدة : ضمان الواهب للهبة يلزم بمجرد عقد الهبة والضمان في عدم الرجوع على الواهب متى تم الحوز ، حتى ولو لم يقبضها الموهوب له .

(2) قاعدة : ملك الهبة بمجرد الإيجاب وتمامها بالقبض .

(3) نصت المادة 494 مدني مصري والمادة 466 من المشروع المدني طبقًا للشريعة الإسلامية على أن الواهب لا =

فإن شرط الموهوب له أن الهبة إذا استحقت للغير فالواهب ضامن صح الشرط والهبة وعمل به . فإن تعلق بالهبة حق للغير كأن دفع شخص بقرة مهرًا لولده فاستحقت البقرة ، أو دفع سَلَمًا عن شخص مثلًا شيئًا معينًا ثم استحق منه ، ففي هذه الأحوال يبقى البضع بلا عوض وتبقى ذمة المسلم إليه مشغولة فلو ضَمَّنَّا الزوج فقد ضمن فعل غيره إذا كان موسرًا وإن كان معسرًا اتبع بالمهر في ذمته . وعلى المسلم إليه الوفاء بما تعهد به ، لأن ذمته لازالت مشغولة بالسلم ، حيث لم يصح الوفاء فلم تبرأ ذمته . وفي الواقع إن الزوج لم يضمن فعل الغير ولكنه أُلْزِم بالمهر مقابل البضع الذي تمتع به ، وكأن الهبة لم تكن ، ولم يفعل الواهب شيئًا سالبًا بل كان يعتقد أنه يملك ما وهب ، لهذا كان غير ضامن .

واجبات الموهوب له : الهبة التي تكون مقصودًا بها نفع الموهوب له فقط بدون انتظار شيء آخر لا يلزم الموهوب له بأي شيء قِبل الواهب لا بإنفاق ولا بدفع دين . فإن كانت الهبة بشرط الثواب (يعنى الرد) في مناسبات كمن أهدى صديقًا مثلًا كبشًا في فرح ولده أو في ختانه أو كانت الهبة مع شرط كأن يتصدق منها كل أسبوع مثلًا للفقراء والمساكين على روح أمه أو أبيه وجب الوفاء بالشرط حيث لم يخالف الشرع [1] . فالموهوب له للثواب يجب عليه رد قيمة الهبة في

= يضمن « استحقاق الشيء الموهوب ، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض . وفي الحالة الأولى يقدر القاضي للموهوب له تعويضًا عادلًا عما أصابه من الضرر . وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض ... » وهو ما نصت عليه كذلك المادة 568 مدني أردني ؛ فقد جاء في فقرتها الأولى أنه : « لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب في يد الموهوب له إذا كانت الهبة بغير عوض ، ولكنه يكون مسئولا عن كل ضرر يلحق الموهوب له من جراء هذا الاستحقاق إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق . أما إذا كانت الهبة بعوض فإنه لا يضمن الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض ، مالم يتفق على غير ذلك » . وقد تناولت المادتان 614 ، 615 مدني عراقي والمادتان 531 ، 532 مدني كويتي الموضوع نفسه . ويتفق هذا مع قواعد الفقه الإسلامي ومقرراته ؛ فقد نص ابن رجب في القاعدة الثالثة والتسعين من قواعده (ص 230) على أن : « اليد القابضة » تملكا لا بعوض للعين بمنافعها بالهبة والوقف والصدقة والوصية ترجع بما ضمنته بكل حال ، لأنها دخلت على أنها غير ضامنة لشيء فهي مغرورة ، إلا ما حصل لها به نفع ففي رجوعها بضمانه روايتان ... وذكر القاضي وابن عقيل أنها لا ترجع بما ضمنته بحال ، وهو منزل على القول باستقرار الضمان على من تلف المال تحت يده وإن كان أمينًا ... » .

(1) ويجوز للواهب شرط الثواب على هبته أي العوض عليها ، وتسمى هبة ثواب . الشرح الصغير (346/3) .

مناسبات يقتضيها العرف والعادة ، بل ويجوز للواهب أن يطلب ردها لغير مناسبة لأنها تعتبر حقًّا مستحقًّا عند الموهوب له فيقضى بها عند التنازع .

والموهوب له مع شرط الصدقة مثلًا إن لم يفعل فللواهب استرداد هبته لأن الشرط واجب الوفاء شرعًا وعرفًا وهو لم يف [1] .

والهبة بشرط الإنفاق على الواهب باطلة لأنها بيع في ثوب هبة فهو عقد معاوضة من الجانبين وهو باطل للغرر [2] لأن النفقة غير معلومة قلة وكثرة ولا يدري هل يطول عمر الواهب أم يقصر فهو عقد حظ ، وفيه خطر على المتعاقدين لجهل أحد العوضين .

ودفع دين الواهب ليس بواجب على الموهوب له ، إلا إذا كان بشرط في الهبة [3] ، وأن يكون الدين معلومًا فهو شرط صحيح لازم يجب الوفاء به؛ وإن لم يف الموهوب له به جاز إلغاء الهبة .

وليس معنى عدم دفع نفقة الواهب ولا سداد دينه كفرانًا بالنعمة ، لأن كفران النعمة لا يكون إلا قبل التمليك أو مع التمليك بشرط . ولكن متى تم التمليك بلا شرط وامتنع الموهوب له من الإنفاق أو من سداد الديون فلا شيء عليه ، ولا يصح سلب ما تملكه بسبب صحيح ؛ لأن نفسه شحت بما كان واجب المروءة يدفعه لعمله .

فإن كان الدين واجب الأداء قبل الهبة والهبة أنقصت قدرة الوفاء فقد أحاط الدين به ، فلا تجوز له الهبة ولدائنيه الحق في إبطال هذه الهبة لسداد ديونهم وليس للواهب حق في إبطالها لذلك فالحق للدائنين ، وإن كان الدين بعد الهبة فقد ملكها الموهوب له بلا قيد ولا شرط [4] .

---

(1) تناولت المادة 486 من القانون المدني المصري هبة الثواب ونصها : « يجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 159 .

(2) قاعدة : الهبة بشرط الإنفاق على الواهب باطلة لأنه بيع في ثوب هبة ، فهو عقد معاوضة من الجانبين ، وهو باطل للغرر ، وقد تقدمت الإشارة لما جاء في المادة 855 من المجلة العدلية من تصحيح هذه المعاملة إذا كان العوض معلوما ، وانتفى الغرر .

(3) قاعدة : دفع دين الواهب ليس بواجب على الموهوب له ، إلا إذا كان بشرط في الهبة .

(4) تناولت المادة 499 من القانون المدني المصري موضوع اشتراط الواهب وفاء الموهوب له بديون الواهب عوضًا عن هبته ، ونصها : « إذا اشترط الواهب عوضًا عن الهبة وفاء ديونه ، فلا يكون الموهوب له ملزمًا إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة ، هذا مالم يتفق على غيره » . =

الرجوع في الهبة :

الأصل في الهبة أنها تمليك بغير عوض [1] فمتى تمت بإيجاب وقبول وحيازة فقد ملكها الموهوب له ملكًا تامًّا فلا رجوع لأحد عليه لا من الواهب ولا من غيره .

فإن كانت الهبة هبة ثواب (يعني نظير عوض) كهدايا العرس مثلًا ؛ فعلى الموهوب له قيمتها يوم أخذها أو مثلها ، إن كانت مثلية ويقضى بها عليه حتى ولو لم تأت مناسبات متى طلبها الواهب .

فمبدأ عدم الرجوع في الهبة في حد ذاته مبدأ مقرر في غير هبة الثواب ، فإن اشترط الواهب في هبته أن له الرجوع فيها متى شاء كان له ذلك سواء كان الموهوب له قريبًا ، أو أجنبيًّا ؛ لأن الهبة ككل العقود يجوز للعاقد أن يشترط فيها ما يراه مصلحة له . على أنه ليس المراد بالهبة التمليك المؤبد للعين الموهوبة فكما يجوز أن يكون مؤبدًا يجوز أن يكون مؤقتًا ولا ضرر على الموهوب له لأنه قبل الهبة على ذلك . وعلى هذا فيجوز هبة الأملاك المستقبلة كأن يقول : لك نصف ربحي من تجارتي هذه هذا العام ، أو كل عقار أتملكه فلك نصفه هبة ، فيجوز وتصح الهبة فإن مات قبل نفاذها بطلت ، لأن الحوز شرط فيها وهو لم يحصل [2] .

= وقد أخذت المادة 470 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بجواز الاتفاق في الهبة على الوفاء بديون الواهب مع اشتراط وجوب تحديد هذه الديون ومعرفتها لصحة هذه الهبة . وقد كان الاستناد في اشتراط تحديد الديون على هذا النحو ومعلوميتها إلى ما نصت عليه المادة 881 من مجلة الأحكام الشرعية في الفقه الحنبلي من أنه « إذا شرط في الهبة عوض معلوم صار بيعًا فتجري فيها أحكامه ، وإذا كان العوض مجهولًا فهو بيع فاسد » وقد تنبه المؤلف إلى وجوب معلومية الدين المشترط الوفاء به في التعويض عن الهبة لصحتها ، وهو ما استحدثته المادة 470 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، وذلك تجنبًا للغرر :

وهذا هو ما جاء في المادتين 573 و 574 من التقنين الأردني .

وكذا المادة 536 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « إذا كانت الهبة مقترنة بتكليف الموهوب له الوفاء بديون الواهب ، فإنه لا يكون ملزمًا إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة ، ما لم يتفق على غير ذلك » . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 165 .

(1) قاعدة : الهبة عقد تمليك بغير عوض .

(2) جاءت المادة 500 من القانون المدني المصري بالحكم بجواز الرجوع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك ، فإن لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها ، « متى استند إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع » .

والمادة تتفق في حكمها مع المادة 620 من التقنين العراقي التي تنص على أن : « للواهب أن يرجع في الهبة برضاء =

وأما الهبة المعلقة على إرادة الواهب فهي كلا هبة ؛ لأنه قد لا يريد فلا توجد الهبة ، ويجب أن تكون بتًّا وإن اشترط فيها شروطًا لمصلحته [1] .

وتجوز الهبة لشيء مع الاحتفاظ بحق التصرف في عينه أو في جزء منه ومعنى هذا أنه هبة للمنفعة واشتراط جواز التصرف في العين نفسها ذات المنفعة وهو جائز لا شيء فيه ، فإن اشترط رجوع العين الموهوبة له بعد وفاة الموهوب له جاز وهي

= الموهوب له فإن لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقيق سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع » .

وتقابل المادة 576 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

1 - « للواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له .

2 - وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له . فإن لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند إلى سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع » .

ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 537 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 - « لا يجوز للواهب الرجوع في هبته ، إلا الأبوين فيما وهباه لولدهما .

2 - ومع ذلك يجوز في غير هذه الحالة الرجوع في الهبة بترخيص من القضاء إذا استند الواهب في ذلك إلى عذر مقبول » . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 165 .

وقد أجملت المادة 501 مدني مصري والمادة 472 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بعض الأعذار الخاصة المبيحة للرجوع في الهبة ، ونصها : « يعتبر على الأخص عذرا مقبولا للرجوع في الهبة :

أ - أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو زوجه أو نحو أحد أقاربه ، بحيث يكون هذا الإخلال جحود كبيرًا من جانبه .

ب - أن يصبح الواهب عاجزًا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

جـ - أن يرزق الواهب الذي ليس له ولد وقت الهبة ولدًا بعدها ، ولو كان جنينًا وقت الهبة متى كان الواهب يجهل ذلك ، أو أن تظهر بعد الهبة حياة ولده الذي كان يظن وقت الهبة أنه ميت ، على أن يظل الولد في الحالين حيًّا إلى وقت الرجوع .

د - أن يخل الموهوب له بما اشترط عليه في العقد دون عذر مقبول » .

وهو ما أجملته كذلك المادة 621 مدني عراقي والمادة 577 مدني أردني والمادة 538 مدني كويتي . وفي الفقه الإسلامي اتجاهان في حكم الرجوع في الهبة ، أولهما اتجاه الأحناف إلى التوسع في قبول الأعذار المبيحة للرجوع (المبسوط 53/12) والآخر اتجاه جمهور المالكية والشافعية والحنابلة الذين يقيدون الرجوع في الهبة ، ولا يجيزونه إلا في حالة واحدة ، هي هبة الوالد لولده . راجع الخرشي 113/7 وما بعدها وبدائع الصنائع 118/6 والوسيط للسنهوري 45 فقرة 125 ، والمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية في التعليق على المادتين 471 ، 472 .

(1) يقول الدردير : [وبطلت الهبة بمانع أي حصوله قبل الحوز من واهبها وإن بغير إذنه وبين المانع بقوله من إحاطة دين بالواهب أو جنون أو مرض اتصلا بموت] . الشرح الصغير جـ 3 ص 340 بداية المجتهد جـ 2 ص 327 ، 328 .

المسماة بالعُمْرَى في الاصطلاح الفقهي وينتفع بهذا الشرط الواهب وورثته والغير لأنه بعد وفاة الموهوب له تعود العين الموهوبة إلى تركة الواهب فيقضى منها دينه وتقسم على الورثة إن كان قد مات ، وإن كان بقي حيًّا دخلت العين المذكورة في ملكه كما كانت لأنه مقتضى الشرط [1] .

فإن مان الواهب قبل الموهوب له بقي الشرط كما هو ، وانتفع ورثة الواهب به لأنهم ورثته فيما له وما عليه ، وإن مات الموهوب له قبل الواهب عادت الهبة للواهب كما تعود لورثته سواء بسواء .

ومتى كان مشترطًا رجوع عين الهبة إلى الواهب فتكون الهبة منصبة على المنفعة فقط ، فليس للموهوب له أن يتصرف في نفس العين الموهوبة لأنه تصرف في غير ما يملك فهو تصرف فضولي فإن أذنه مالك العين نفذ تصرفه وإلا بطلت جميع تصرفاته الخاصة بالعين (يراجع تصرف الفضولي في العقود) [2] .

وليس في التشريع الإسلامي رهن الزوجة على أملاك زوجها لأن أملاكهما منفصلة

---

(1) يقول الدردير : [الهبة تمليك من له التبرع ذاتًا نقل شرعًا بلا عوض] . الشرح الصغير جـ 3 ص 339 بداية المجتهد جـ 2 ص 327 ، 328 .

(2) تناولت المادة 491 من القانون المدني المصري حكم هبة شيء مملوك للغير ، ونصها : « إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات ، غير مملوك للواهب سرت عليها أحكام المادتين 466 ، 467 » وتتعلق هاتان المادتان بأحكام بيع ملك الغير ، وجملة ذلك عدم سريان هذا البيع في حق المالك إلا إذا أقره ، وينقلب البيع صحيحا في هذه الحالة ، وينقلب صحيحًا كذلك إذا آلت ملكية المبيع لهذا البائع الفضولي . وليس ما جاء في هاتين المادتين سوى تطبيق القاعدة العامة الواردة في المادتين 127 و 3/128 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ؛ فقد نصت المادة 127 على أنه « يكون العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا كان تصرفًا في ملك الغير بدون إذنه » . ونصت المادة 3/128 على أنه إذا كان العقد موقوفا لكونه تصرفًا في ملك الغير بدون إذنه ، كانت إجازته للمالك .

ويتفق ذلك مع المادة 549 من التقنين الأردني التي تنص على أنه : « لا ينفذ عقد الهبة إذا كان المال الموهوب غير مملوك للواهب ، ما لم يجزه المالك ويتم القبض برضاه » .

وكما يتفق مع ما جاء في المادة 1/609 من التقنين العراقي التي تنص على أنه : « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة ، ويلزم أن يكون معينا مملوكًا للواهب » .

ومع المادة 527 من التقنين الكويتي التي تنص على أن « هبة مال الغير باطلة » .

وأحكام المادة تتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي . حيث تنص المادة 857 من المجلة على أنه يلزم أن يكون الموهوب مال الواهب . وبناء عليه لو وهب أحد مال غيره لا تصح . ولكن بعد الهبة لو أجازها صاحب المال يصح . (انظر في هذا البدائع جـ 6 ص 119) والمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 162 .

تمام الانفصال فلا ضمان لأحدهما على الآخر إلا في الحقوق العامة كأي فرد مع الآخر .

مستثنيات من قاعدة (عدم جواز الرجوع في الهبة [1]) :

الرجوع في الهبة يكون لأحد أمرين ، إما لشرط من الواهب فينفذ الشرط وترجع الهبة حسب الشرط ، وإما لقرابة خاصة ، وإما لعدم تنفيذ الشرط الذي اشترطه الواهب لمصلحة يراها .

أولًا : شرط جواز الرجوع في الهبة ، يجوز للواهب أن يشترط الرجوع في هبته متى شاء أو في مدة معينة بعد سنة أو سنتين أو عشر [2] إلخ .

ثانيًا : عدم تنفيذ شرط الواهب ، يجوز للواهب أن يشترط فعل كذا على الموهوب له فإن فعل ونفذ شرط الواهب فبها ، وإن لم ينفذ جاز للواهب أن يسترد هبته لعدم تنفيذ الشرط [3] .

ثالثًا : القرابة الخاصة ، يجوز للأب دون غيره اعتصار الهبة (أخذها) من ولده الحر الذكر والأنثى صغيرًا أو كبيرًا غنيًّا أو فقيرًا [4] .

ويجوز للأم دون غيرها اعتصار ما وهبته لولدها بشرط أن يكون الولد صغيرًا ذا أب ، فلا اعتصار لها من يتيم [5] ، فإن وهبت كبيرًا فلها الرجوع [6] .

ويشترط في جواز الاعتصار [7] :

---

(1) قاعدة : عدم جواز الرجوع في الهبة إلا بشروط .

(2) قاعدة : يجوز للواهب أن يشترط الرجوع في الهبة متى شاء أو في مدة معينة بعد سنة أو سنتين أو عشر إلخ .

(3) قاعدة : يجوز للواهب أن يشترط فعلا أو تكليفا وهذا هو مذهب المالكية ومن تبعهم من الشافعية والحنابلة ، طبقًا لما سلفت الإشارة إليه . على الموهوب له فإن فعل ونفذ شرط الواهب فبها ، وإن لم ينفذ جاز للواهب أن يسترد هبته لعدم تنفيذ الشرط .

(4) قاعدة : يجوز للأب دون غيره اعتصار الهبة (أخذها) من ولده الحر الذكر والأنثى صغيرًا أو كبيرًا غنيًّا أو فقيرًا .

(5) بينت المادة 500 من القانون المدني المصري حكم الرجوع في الهبة طبقًا لما سبق ، وهو ما بينته كذلك المادة 537 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه : « لا يجوز للواهب الرجوع في هبته ، إلا الأبوين فيما وهبا لولدهما » . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 165 .

(6) قاعدة : يجوز للأم دون غيرها اعتصار ما وهبته لولدها بشرط أن يكون الولد صغيرًا ذا أب ، فلا اعتصار لها من يتيم ، فإن وهبت كبيرًا فلها الرجوع .

(7) يقول ابن رشد : [ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة وهو الرجوع فيها ؛ فذهب مالك وجمهور علماء المدينة أن للأب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن ... وأن للأم أيضًا أن تعتصر ماوهبت إن كان الأب حيًّا] بداية المجتهد جـ 2 ص 332 الشرح الصغير جـ 3 ص 342 وما بعدها ، الكافي لابن عبد البر ص 528 .

أولًا : أن تكون الهبة باقية على ذاتها ، فإن فاتت بهبة أو بيع أو بتغيير كلي في الذات (لا تغيير بحوالة سوق) بزيادة في الذات ، أو بنقص فيها ، فلا يجوز الرجوع في ذات الهبة .

ثانيًا : أن لا يكون قد ترتبت حال الموهوب له على هذه الهبة كأن كانت بنتًا وتزوجت لهذه الهبة أو بهذه الهبة ، أو كان رجلًا وتزوج لها أو بها أو تعامل الموهوب له مع الناس على هذه الهبة فأتمنه الناس على أموالهم نظير هذه الهبة كضمان بين يديه يمكنه السداد منها ، فلا يجوز حينئذ الرجوع في هذه الهبة .

ثالثًا : أن لا يمرض الولد الموهوب له أو يمرض الواهب مرضًا يخشى عليه منه ؛ لأنه بالمرض أصبح شبه حق لورثته في ماله فلا يؤخذ من مالهم شيئًا .

وكل هذه الأحوال والشروط يعمل بها إلا أن يهب على هذه الأحوال ؛ فإن اشترط ذلك فله الرجوع لأنه قد أبان شروطه مع الهبة فلا عذر لأحد تعامل على هبة معرضة دائمًا للاعتصار والرجوع فيها . واسترداد الهبة يكون بحكم قضائي عند النزاع ، فإن اتفقا على التسليم للعين الموهوبة جاز بلا رجوع لحكم حاكم .

والنظر للقاضي في أن الموهوب له خالف شرط الواهب أم لا ، فإن سمع دفاعه ووجد من المصلحة إمهاله أمهله بما لا يضيع معه حق الواهب .

ومتى تم الفسخ فإن كانت العين الموهوبة لا تزال كما هي بلا فوت أيًا كان عادت لربها ، وإن حصل مفوت للعين الموهوبة ببيع أو رهن أو أي تصرف عاد لصاحبها قيمتها يوم الهبة أو مثلها ؛ فترتيب الحقوق العينية مفيت لإرجاع عين الهبة حفظًا لمعاملة الناس وزيادة في طمأنينتهم ؛ لأن الموهوب له تصرف في الهبة وهو مالك بلا نزاع ملكًا مطلقًا ومن تعاقد معه تعاقد على هذا الأساس فيجب احترام هذا التعاقد .

وأما إذا كان الإلغاء لشرط في عقد الهبة احتفظ به الواهب لنفسه ، فإن تصرف الموهوب له غير نافذ إلا إذا أجازه الواهب ؛ لأن الواهب هو المالك في الحقيقة ، وتصرف الموهوب له تصرف فضولي .

ويبقى حق إلغاء الهبة مستمرًا متى كان مشروطًا مهما طال الزمن . وكذا في مخالفة شرط الواهب ما دامت المخالفة قائمة . وفي الاعتصار من الصغير ما دام عين الهبة موجودًا ولم يتغير أو يذهب شرط من شروط الاعتصار السابقة .

وجواز إلغاء الهبة لسبب من أسباب التشريع الوضعي وإهدار ما ترتب على

تصرف المالك الموهوب له فيه مساس بحقوق ترتبت بحق ولا غش فيها . وقد وثق المتعاقد مع الموهوب له كأنه مالك حقيقة،ففي إبطال تصرفه تضييع لحقوق لا ذنب لأصحابها وقت تعاقدهم ، لهذا كان التشريع الوضعي جائرًا لا عدل فيه .

وأما استرداد الهبة لكفران النعمة فهو غير موجود في التشريع الإسلامي ؛ لأن الملكية يجب أن تكون مبنية على أساس صحيح متى تمت بين المتعاقدين فلا تخضع لحادث طارئ ، فلا دخل للهبة التي ملكها الموهوب له وقت عقد الهبة أو بعده في حصول زعل أو تعد أو استهتار - إلخ ؛ لأن هذا معناه أن الموهوب له يملك الهبة بشرط عدم إساءة الواهب ولم يقل بذلك أحد ، فلا تأثير للملكية الموهوب له من إساءة الواهب من الموهوب له .

والتعدى على حياة الواهب من الموهوب له لا يبطل الهبة ؛ فقد نص الفقهاء على أن القتل بعد الهبة لا يبطلها ، قبض الموهوب له أم لا ، علم الواهب أم لا ، تعمد القتل أم لا [1] ، بخلاف القتل بعد الوصية ولم يغيرها فهي باطلة ؛ لأن الوصية من قبيل الميراث فالقاتل لا يرث ، وأما الهبة فهي دائمًا بين الأحياء ولا علاقة لها بالقتل ولا بغيره .

وإذا كانت الهبة لا تبطل بالقتل فمن باب أولى لا تبطل بالإهانة الشديدة ولا برفض مساعدة الواهب ماديًا أو أدبيًا .

وكل حق جاز للواهب مباشرته جاز لورثته من بعده [2] كذلك فالإخلال بشرط الواهب واشتراط استرجاع الهبة متى شاء تنتقل للورثة ، ولكن حق الاعتصار للأب وللأم مثلاً حق لهما شخصيًا فليس لغيرهم استعمال هذا الحق لا من الورثة ولا من الغير .

وحدوث ولد للواهب لا يجيز له استرجاع هبته إلا إذا كان ذلك مشروطًا في عقد الهبة ، فإن لم يكن مشروطًا فقد تملك الموهوب له الهبة ملكًا شرعيًا بلا قيد ولا شرط ؛ فلا تؤخذ منه بلا سبب شرعي ، وليس حدوث الولد سببًا في بطلانها .

---

(1) تقدمت الإشارة إلى ما جاء في المادتين 472 ، 473 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامي والمواد المشابهة لهما في القوانين المدينة العربية من الاتجاه إلى التوسع في أسباب الرجوع في الهبة ، خلافًا لما أخذ به المؤلف الذي نراه ينتصر للاتجاه الفقهي لجمهور المالكية والشافعية والحنابلة الذين قيدوا حق الرجوع في الهبة باشتراطه في عقد الهبة أو بموافقة الموهوب له ورضاه ، أو إذا كان الواهب أبا أو أما للموهوب له فإنه يجوز لأيهما الرجوع فيما وهبه لولده .

(2) قاعدة : كل حق جاز للواهب مباشرته جاز لورثته من بعده .

استرجاع الهبة حق للواهب متى كان مشروطًا أو خالف الموهوب له شرط الواهب بمعنى أن له طلب حق الإبطال وتسليم العين الموهوبة ، فإن قبل الموهوب له فبها ونعمت ، وإن لم يقبل حقق القاضي دعوى المدعي ، وسمع الأدلة ، وسمع دفاع المدعى عليه وأدلته ، ثم حكم طبقًا للحق والعدل بمقتضى ما قدم إليه من أدلة وبراهين ، فعقد الهبة صحيح حتى يحكم بالبطلان أو يتم الاتفاق بين الطرفين على الاسترجاع وديًا .

واسترجاع الهبة يكون لعينها إن كانت قائمة ولم يحدث لها فوت ، فإن فاتت لزم الموهوب له القيمة يوم قبض الهبة ؛ مع اعتبار أن كل تصرف صدر من الموهوب له صدر صحيحًا ويفيت الهبة إلا إذا كان حق الرجوع مشروطًا فقد سبق القول أنه تصرف في ملك غيره فهو موقوف على إجازة المالك أو رفضه .

الكتاب الثانى

بند [53] قواعد خاصة بالوصايا

القانون الفرنسي : تكوين الوصية (شكل الوصية) ينقسم الكلام في الوصية أولًا إلى :

(1) الوصايا المحررة بشروط عادية .

(2) الوصايا التي عُمِلت في ظروف خاصة واستثنائية .

الوصايا الاعتيادية تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

(1) الوصية المحررة بخط الموصي .

(2) الوصية الرسمية أو المسجلة .

(3) الوصية السرية .

الوصايا التي عملت في ظروف خاصة واستثنائية :

(1) الوصية الحربية .

(2) الوصية التي عملت وقت الوباء .

(3) الوصية التي عملت في البحر .

(4) الوصية التي عملت خارج أرض الوطن .

القسم الأول : الوصية المكتوبة وهي ما كتبها الموصي بخطه بإمضاء عرفي . والذي يجب أن يجتمع فيه شروط ضرورية .

شروط الشكل : يجب أن يجتمع لوجود شكل الوصية المكتوبة ثلاثة شروط :

(1) يجب أن تكون مكتوبة كلها بيد الموصي .

(2) يجب أن تكون مؤرخة .

(3) يجب أن تكون ممضاة من الموصي .

ويجب أن تكون الوصية مؤرخة لمعرفة أهلية الموصي ولمعرفة الأسبق من الوصايا عند تعددها لتقديم الأقدم تاريخًا ، والشك في التاريخ أو عدم وجوده يكفي لبطلانها .

ولا يشترط أي شرط آخر ولا أي شكل آخر في الوصية .

القسم الثاني : الوصية الرسمية وهي التي عملت أمام مُسَجِّلي عقود وحضور شاهدين اثنين أو أمام مسجل عقود واحد وحضور أربعة شهود ، ويشترط حضور الشهود مدة تحرير الوصية من أولها لآخرها حضورًا حقيقيًا .

شروط الشكل : ويشترط لوجود الوصية الرسمية مطابقةً في شكلها للقانون الشروط الآتية :

(1) إملاء الموصي وصيته إلى مسجل العقود فالأخرس لا تجوز وصيته الرسمية .

(2) كتابة مسجل العقود للوصية حسب إملاء الموصي ، إلا تصليح اللغة فيجوز لمسجل العقود إصلاحها .

(3) قراءة الوصية حسب ما كُتب على الموصي وعلى الشهود لمعرفة أن الوصية عملت حسب إرادة الموصي ودونت حسب إملائه .

(4) كتابة ما سبق من إملاء وكتابة وشهود وقراءة في نفس ختام الوصية .

(5) إمضاء الوصية من الموصي ومن الشهود ومن مسجل العقود ، فإن كان الموصي لا يعرف القراءة والكتابة أو منعه مانع من الإمضاء وجب ذكر ذلك في الوصية .

وفي الريف يكفي إمضاء شاهد من الشاهدين مع مُسَجِّلَيْ العقود فإن حضر مسجل واحد وحضر أربعة شهود كفى إمضاء شاهدين .

(6) ذكر المكان الذي تمت فيه الوصية لمعرفة اختصاص مسجل العقود .

ويشترط في الشهود البلوغ والرشد وكونهم فرنسيين ، ويجوز أن يكونوا ذكورًا فقط أو إناثًا فقط أو منهما ، ولا يجتمع زوج وامرأته في شهادة وصية واحدة .

عدم الأهلية الخاصة بالشهود :

لا تشهد الشهود الآتية :

(1) الموصى لهم بأي وصف كانوا .

(2) أقارب أو أنسباء الموصى لهم إلى الطبقة الرابعة .

(3) وكيل وكتبة مسجل العقود الذي سمع الوصية .

القسم الثالث : الوصية السرية : وهي ما حررها الموصي أو أملاها لشخص آخر غير مسجل العقود بدون حضور أي موظف عمومي والتي سلِّمت مطوية مختومة مربوطة إلى مسجل العقود لحفظها .

شروط الشكل : تقوم الوصية السرية على أمرين أساسيين :

(1) عمل الوصية نفسها : وهي عمل بإمضاء عرفي لأنها عُمِلت في غيبة الموظف العمومي ويمكن أن تكون بخط الموصي ، كما تكون بخط غيره بشرط إمضاء الموصي . ومع ذلك فالقانون يعفي الموصي من الإمضاء إذا كان لا يعرف أو منعه مانع من الإمضاء ، لكن تجب زيادة شاهد في هذه الحالة . وأما الأعمى فلا تجوز وصيته السرية .

(2) تسليم الوصية إلى مسجل العقود ، يجب أن يسلمها الموصي نفسه مقفولة مربطة ، وإلا فعل ذلك مسجل العقود أمام الموصي .

ويجب حضور ستة شهود مع مسجل العقود وقت الاستلام ، وحضور سابع إذا لم تكن ممضاة ، ويصرح الموصي بأن هذه وصيته ممضاة منه بخطه أو بخط غيره ، ويكتب مسجل العقود على طرف الوصية أو على ظهرها ملخص ما حصل من تقديمها ، ويمضي الجميع عليها .

القسم الرابع : الشروط العامة للثلاث وصايا .

يجب في جميع الوصايا :

أولًا : وجود مكتوب يفيد الوصية من الأنواع الثلاثة ؛ فالوصية الشفوية لا تجوز ولا تصح . فإن فقدت الوصية المكتوبة أو تمزقت صح إثبات ما فيها بالشهود .

ثانيًا : فتح الوصية المكتوبة والسرية : يجب تقديم الوصية السرية والمكتوبة إلى رئيس محكمة الجهة التابعة لها التركة في حالتها التي توجد عليها يوم الوفاة فيفتحها ويعمل بذلك محضرًا ويسلمها لمسجل العقود لنفاذها ، ويزاد في فتح الوصية السرية إحضار مسجل العقود وشهود الإيداع لتفتح أمامهم .

مشتملات الوصية

التصرفات في الوصية من التخصيص للموصى له ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

(1) الوصايا العامة . (2) الوصايا بعنوان عام .

(3) الوصايا بعنوان خاص .

فالوصية العامة هي تصرف الموصي في أملاكه بإعطاء شخص أو أكثر الحق مستقبلًا في ملكية جميع أملاكه بعد موته .

فالشرط الأساسي في الوصية بعنوان عام أن يكون الحق المستقبل في ملكية جميع الميراث المتروك بعد الوفاة ، فما دام الموصي له الحق في جميع التركة تكون الوصية عامة ، ولا يمنع من أن يكون الموصى لهم متعددين ، أو كان هناك موصى لهم بعنوان خاص .

والوصية بعنوان عام :

هي أن يوصي المتوفى قبل وفاته بجزء معين من تركته كالربع أو الثلث أو النصف طبقًا لما نص عليه قانونًا من جواز التصرف في الزائد ، أو الوصية بالعقار أو المنقول من التركة .

و الوصية الخاصة ، وهي التي عملت لا بعنوان عام ولم تكن عامة .

وأما الوصية بالمنفعة ففيها خلاف ، هل هي وصية عامة أو بعنوان عام ، والراجح أنها وصية خاصة ، والكلام في هذا الباب على ثلاثة فصول :

الأول : الوصية العامة :

أولًا – حقوق الموصى لهم وصية عامة :

للموصى لهم وصية عامة الحقوق الآتية :

(1) يملك الموصى له بوصية عامة الأعيان الموصى بها ملكًا تامًّا بقوة القانون بلا احتياج لشيء آخر ؛ لأن القانون اعتبر الوصية من أسباب الملك .

ومن هذا يتبين أن الموصى له لو عاش بعد وفاة الموصي لحظة ثم توفي ولو قبل قبوله الوصية كان ما أوصى به إليه تركة تورث عنه لورثته كوارث شرعي .

(2) يملك الموصى له بوصية عامة وضعَ اليد ، فيفرق القانون في ملكية الموصى له بوضع اليد بين كونه مع ورثة يحفظ لهم جزءًا من التركة ، ومع ورثة لا يحتفظ لهم بشيء ، ففي الحالة الأولى يضع الورثة أيديهم على جميع التركة وللموصى له طلب ما أوصى به إليه من المورث بواسطة ورثته الواضعي اليد قانونًا على التركة كلها .

وفي الحالة الثانية للموصى له الحق في وضع اليد على التركة بدون احتياج إلى طلب التسليم من الورثة . فإن كانت الوصية رسمية فلا احتياج إلى اتباع أي شكل

كان ، وإن كانت غير رسمية طلب الموصى له من رئيس المحكمة الأمر بتسليمه أعيان الوصية ليضع يده عليها فيصدر قرار بذلك .

(3) تملُّك الموصى له الثمرات . يملك الموصى له الثمرات متى كان له الحق في وضع يده على التركة من غير إذن من يوم استحقاقه الوصية ، وإن كان لا يضع يده إلا بإذن من المحكمة فمن يوم تقديم الطلب لوضع اليد .

ثانيًا : واجبات الموصى له :

يجب على الموصى له عمل ما يأتي :

(1) **واجب دفع الديون** : يجب على الموصى له دفع ديون التركة على الوجه الآتي .

إن كان لا يشارك الموصى له أحد في الميراث دفع الدين جميعه ، وإن كان معه ورثة يحتفظ القانون لهم بجزء من التركة دفع الموصى له من ديون التركة بمقدار الجزء الزائد من التركة . وإن كان معه ورثة لم يحفظ لهم القانون جزءًا من التركة دفع الموصى له بمقدار ما أخذ من التركة ، فإن تعدد الموصى لهم دَفَع كلٌّ حسب ما ناله من الوصية .

وليس لدائني المورث مطالبة الموصى لهم إلا بقدر ما نالهم من تركة المتوفى حسب البيان المذكور في دفع دين التركة إلا إذا كانت عينًا عقارية مرهونة نظير دين وجاءت في حصة الموصى له ، فللراهن الحق في مطالبة من خرجت العين المرهونة في نصيبه بالدين كله ، وهو يرجع على شركائه في التركة .

(2) **واجب دفع تكاليف الوراثة** : يجب على الموصى له دفع مصاريف الدفن والكفن وحصر التركة .. إلخ مما لم يكن المتوفى سببًا في وجوده مباشرة وذلك حسب البيان المذكور في دفع الديون .

(3) **واجب دفع الوصايا** : يجب على الموصى له وصية عامة دفع الوصايا للموصى لهم بها فإن كان الموصى له وصية عامة وارثا حفظ القانون له جزءًا من التركة كان على الموصى له فقط دفع الوصية .

الثاني : الموصى له بعنوان عام :

أولًا : حقوق الموصى له : يملك الموصى له العين الموصى بها ملكا تامًّا بموجب

القانون من وقت فتح التركة مثل الموصى له بوصية عامة .

أما وضع اليد فليس للموصى له بعنوان عام وضعُ اليد ، وله فقط طلب تسليم العين الموصى بها ممن لهم حق وضع اليد قانونًا .

ويملك الثمرات من تاريخ طلبه التسليم أو في السنة الأولى التي تقدم لطلبه فيها .

ثانيًا : واجبات الموصى له بعنوان عام :

يشارك الموصى له بعنوان عام بقية الورثة في دفع ديون التركة حسب ما أصاب الجزء الموصى به من التركة ، وكذا تكاليف الوراثة ، ودفع الوصايا . ولا يجوز رفع الدعوى عليه في ديون التركة إلا بمقدار ما أصاب الجزء الموصى له به .

الثالث : الموصى له بعنوان خاص :

الأشياء التي يصح الإيصاء بها : يمكن الإيصاء بشيء مجسم مؤكد ، أو بشيء له جنس ، أو حق الملكية أو حق عيني كحق منفعة أو ارتفاق . وأما الإيصاء بملك الغير فقد كان جائزًا في القانون الروماني بشرط أن يعرف الموصي وقت الوصية أن الشيء الموصى به ليس مملوكًا . وكان معنى هذا أن على منفذ الوصية شراءَ الشيء الموصى به ثم تسليمه إلى الموصى له ، ولكن ذلك أوجد صعوبة كبيرة في التنفيذ ، لجواز عدم إمكان الحصول على ملك الغير الموصى به لتسليمه للموصى له . ولذلك منعه القانون الفرنسي في المادة 1021 .

الوصية بملك الغير باطلة ويشترط لبطلانها ما يأتي :

(1) أن تكون الوصية واقعة على جسم معين ، لا على شيء له جنس مثلًا كمائة أردب قمح ، وليس في التركة أردب واحد فهذا جائز .

(2) أن يكون الموصي أراد نقل ملكية العين المحددة الموصى بها إلى الموصى له ، فإن لم يرد نقل ملكية العين المحددة بل أراد تحصيلها من الغير إلى الموصى له ، فهذا إيصاء بتكليف بفعل وهو جائز فلا إيصاء بملك الغير .

الوصية بشيء غير قابل القسمة : إذا أوصى المتوفى بشيء معين كان جزءًا من ملكية مشتركة مع الغير فالوصية فيها خلاف في الصحة والبطلان ؛ فهي صحيحة إن وقعت العين الموصى بها في حصة المتوفى عند القسمة مع شركائه ، وإلا فهي

ملغاة ، أو هي صحيحة إطلاقًا . خلاف .

حق الموصى له بوصية خاصة : طبيعة حق الموصى له قد يكون حقَّ ملكية كالوصية بجسم معين أو حق الانتفاع أو السكنى أو الارتفاق أو حقَّ دائنيةٍ كالوصية بشيء له جنس أو بمبلغ من المال ، وحق الموصى له يولد من وقت الميراث أي من وقت وفاة الموصي (1) . ويكفي أن يعيش الموصى له لحظة بعد وفاة الموصي لتكون الوصية ميراثًا لورثة الموصى له .

وليس للموصى له الخاص الحق في وضع يده بل يجب عليه أن يطلب تسليم العين الموصى بها إليه . وليس له الحق في الثمرات إلا من يوم طلب التسليم أو التسليم بالفعل إلا إذا كان في الوصية ذلك ، أو كانت الوصية بمعاش سنوي أو شهري ، أو مدى الحياة فيستحق الفوائد أو الثمار من يوم الوفاة (2) .

بند [54] قواعد خاصة بالوصايا

التشريع الإسلامي : تتكون الوصية من أركانها الأربعة : موصي ، وموصى له ، وموصى به ، وصيغة .

وليس في الوصية أقسام ولا شروط خاصة لكل قسم ، وكما تكون الوصية مكتوبة تكون غير مكتوبة (3) .

غير أنها متى كانت عقارًا وجب أن تكون بإشهاد رسمي ليمكن نقل التكليف وإلا فلا يعارَض بها الغير . على أن الوصية تكون بمحرر وبغير تحرير أمام شهود عدول . وكل ما يمكن أن تشتمل عليه أن تكون الوصية لا تناقض فيها ، وأن يكون الموصى به محددًا معلومًا ، وأن لا يكون الموصي مكرهًا .

ولا يشترط سوى شاهدين وهي شهادة على مال يصح فيها رجلان أو رجل

---

(1) تخرج الوصايا من التركة قبل توزيعها على الورثة . انظر الشرح الصغير (194/4) .

(2) انظر : البنود من 967 إلى 1024 ، في الباب الخامس ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 206 – 214 .

(3) يقول الدردير : « الوصية مندوبة وركنها موص وهو الحر المالك المميز وإن سفيهًا أو كافرًا ، وموصى به ، وهو مالك أو استحق بولاية في قربة غير زائد على ثلثه وموصى له وهو ما صح تملكه » . الشرح الصغير جـ 4 ص 181 بداية المجتهد جـ 2 ص 334 .

وامرأتان [1] ، وإذا كانت مكتوبة بخط المتوفى فلا يشترط التاريخ ، وكل من له مصلحة مباشرة تعود عليه من الوصية لا تصح شهادته ؛ لأنه يكون متهمًا في الشهادة لنفسه .

يجوز للشهود القدوم على الشهادة بما انطوت عليه وصية الموصي ، ونحن نشهد بأنه أوصى بما انطوت عليه هذه الوصية وإن لم يقرأها عليهم ، ولا فَتَح الكتاب لهم بشرط أن يشهدهم بما في كتاب وصيته أو يقول لهم أنفذوه ، ويشترط أن لا يوجد في الوثيقة محو ولا تغيير وأن يتعرفوا الوثيقة بعينها [2] .

أنواع الوصية : يصح أن تسمى الوصية عامة أو بعنوان عام أو خاص ؛ فإن التقسيم على هذا الوجه لا ضرر فيه . غير أن الوصية العامة فيها خلاف ، والمشهور أن بيت المال عاصب فهو كوارث ثابت النسب كان منتظمًا أولا . وقيل : إن بيت المال حائز للأموال الضائعة لا وارث وهو شاذ . وعليه فيجوز للإنسان أن يوصي بجميع ماله إذا لم يكن له وارث من النسب لا على القول الأول وهو الصحيح . فالوصية العامة غير جائزة ولبيت المال طلب إلغائها فيما زاد على الثلث [3] إذا لم يكن للمتوفى ورثة . فإن كان له ورثة كانوا أصحاب الحق في الإجازة لهذه الوصية أو في طلب إلغائها فيما زاد على الثلث ويجب على القاضي إجابتهم لذلك .

والوصية بعنوان عام كالوصية بالثلث أو الربع أو الثمن جائزة ونافذة شرعًا [4] فإن زادت عن الثلث كان للورثة الحق في إبطالها وإجازتها فيما زاد ، فتكون ابتداءَ عطية منهم للموصى له ، يتعين فيها القبض والقبول قبل حصول [5] مانع [6] .

---

(1) إن كان المشهود به مالًا ، أو آيلًا للمال فعدل وامرأتان . الشرح الصغير (40/4) .

(2) يقول ابن رشد : [وأما القدر فإن العلماء اتفقوا على أنه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة] بداية المجتهد جـ 2 ص 335 الشرح الصغير جـ 4 ص 183 .

(3) قاعدة : الوصية العامة غير جائزة ولبيت المال طلب إلغائها فيما زاد على الثلث .

(4) قاعدة : الوصية بعنوان عام كالوصية بالثلث أو الربع أو الثمن جائزة ونافذة شرعًا .

(5) وبطلت الوصية بزائد الثلث ، وإن أجيز ما أوصى به للزائد على الثلث أي أجازه الورثة ، فابتداء عطية منهم ، لا تنفيذا لوصية الموصي ، فلابد من حيازة الموصى له قبل حصول مانع . الشرح الصغير (179/4) .

(6) قاعدة : الوصية إن زادت عن الثلث كان للورثة الحق في إبطالها وإجازتها فيما زاد ، فتكون ابتداء عطية منهم للموصى له يتعين فيها القبض والقبول قبل حصول مانع .

ومعلوم أن بيت المال وارث ، فلو أوصى من لا وارث له بنصف ما ترك فلبيت المال طلب بطلان الوصية فيما زاد على الثلث وهو السدس ويجاب لذلك .

والوصية الخاصة كالوصية لزيد بمنزل معين أو بدأبة معينة جائزة ونافذة شرعًا [1] بشرط أن تكون قيمة العين الموصى بها تعادل قيمة ثلث التركة أو أقل ، فإن زاد فلا تنفذ إلا فيما يحتمله الثلث من التركة .

حقوق الموصى لهم :

الوصية كالميراث من أسباب الملك بلا فرق بين وصية عامة ووصية بعنوان عام ووصية خاصة ، وقد سبق بيان أن قاعدة (من لا وارث له لا يجوز له أن يوصي بكل ماله لأن بيت المال وارث) [2] ، إذن فيملك الموصى له الوصية بالموت فإن نازع الوارث الموصى له في صحة الوصية أو في قدرها كان قول القضاء هو الفصل بينهما ، وإن لم يحصل نزاع أصلًا سلم الوصي الشيء الموصى به إلى الموصى إليه . ولو مات الموصى له بعد موت الموصي ولو بلحظة ملك الوصية وكانت ميراثًا لورثته ، فإن مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية علم الموصي بموته أم لا .

لا علاقة للموصى له بوجود ورثة أو بعدم وجودهم ؛ لأن الوصايا تخرج من ثلث التركة بعد سداد الدين من التركة . وإن تصرف الموصى له في الوصية بعد وفاة الموصي ولو قبل وضع يده عليها فتصرفه صحيح ، واعتبار أحقية الموصى له بوضع اليد أو عدم أحقيته لا تقدم ولا تؤخر عند النزاع في أصل الوصية أو في أن الثلث وسعها فتنفذ أو ضاق عنها فلا ينفذ منها إلا ما وسعه الثلث ؛ فإنه في هذه الحالة لا بد من أن يفصل القضاء .

وعند عدم وجود نزاع فيسلم الوصي الوصية إلى الموصى له .

وتَمَلُّكُ ثمرات الوصية فيه الأحكام الآتية :

أولًا : ثمرات الوصية قبل الوفاة : يملك الموصي ثمرات الوصية قبل وفاته إلى ساعة الوفاة ، وتحتسب من التركة وتقسَّم بين الورثة .

---

(1) قاعدة : الوصية الخاصة كالوصية لزيد بمنزل معين أو بدابة معينة جائزة ونافذة شرعًا .

(2) قاعدة : من لا وارث له لا يجوز له أن يوصي بكل ماله ؛ لأن بيت المال وارث .

ثانيًا : ثمرات الوصية بعد الوفاة وقبل تنفيذ الوصية : غلة الموصى به الحادثة بعد الموت قبل القبول قيل : كلها للموصي ، وقيل : كلها للموصى له ، وقيل : له ثلثها فقط ، وسبب هذا الخلاف في الوقت المعتبر لتنفيذ الوصية فقيل : هو وقت قبول الموصى له المعين لها فغلتها للموصي قبل القبول . وقيل : هو وقت الموت فغلتها للموصى له . وقيل : وقت القبول ووقت الموت لأن القبول شرط في تنفيذها والملك بالموت فثلث غلتها للموصى له فقط ، وهذا القول هو المشهور وأعدل الأقوال عند الإمام سحنون .

دفع الديون : قد تقدم بيان دفع ديون التركة في ابتداء شرح ومقارنة الميراث . وحاصله أن يبدأ أولا من التركة بدفع حق تعلق بعين من أعيان التركة كمنزل مرهون أو فدان مرهون فيدفع قيمة الرهن أولًا من كل التركة ، فإن لم يوجد ما يدفع منه قيمة الرهن بيعت العين المرهونة لسداد ما عليها أولًا [1] ، وبعد سداد الحق المتعلق بالعين يخرج كفنه ودفنه بالمعروف (مؤن تجهيزه) ، وبعد دفع مؤن تجهيزه يقضى دينه ، وبعد قضاء الدين تخرج وصاياه من ثلث الباقي ؛ فكل الوصايا لا تكون إلا بعد قضاء الدين ومؤن الكفن والدفن [2] . والحق المتعلق بذات حسب الترتيب السابق فلا يقال بعد هذا يشارك الموصى له الورثة في دفع ديون التركة أو لا يشارك ، لأن الدين يقضى قبل أن ينظر للوصايا ، ولدائني المورث رفع دعواهم ضد الوارث والموصى له إذا استلم الوصية قبل أن يقضى الدين ؛ لأن الدائن أحق من الموصى لهم . فإذا كان لدائني المورث الحق في رفع دعواه لقضاء دينه من التركة ضد الغاصب لأعيان التركة أو واضع اليد أيًا كان سبب وضعه يده على التركة فمن باب أولى ضد الموصى له ، متى تسلم الوصية قبل قضاء حقه من

---

(1) نصت المادة 205 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي على مايأتي : « تركة المدين مرهونة بديونه حتى تسدد . وجاء في مذكرة هذه المادة ما يأتي : « فإذا مات الميت عليه دين ، تعلق هذا الدين بتركته المنتقلة إلى الوارث مع وجود الدين تعلقه بالمرهون ، ويستوي الدين المستغرق للتركة وغيره في الأصح ... » . انظر المذكرة الإيضاحية ص 391 .

(2) بينت المادة 882 من القانون المدني المصري وجوب قيام المصفي على الفور بالإنفاق من تركة الميت على تجهيزه ومأتمه بما يناسب حاله دون إسراف . وهو ما جاء بالمادة 962 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية . والمادة 1093 من التقنين الأردني . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 393 .

التركة كالوارث سواء بسواء ، وقد تقدم شرح ذلك [1] .

فعلم من هذا أن تكاليف الوفاة من كفن ودفن ودفع ديون المتوفى تكون مقدمة على دفع الوصايا فالموصى لهم يتحملون ذلك من التركة قبل أن يصل إلى أيديهم ما أوصى به لهم ، فإن لم يبق شيء بعد الكفن والدفن وقضاء الديون فلا وصية ولا ميراث .

ما يصح الإيصاء به : من شروط صحة الوصية وجود الموصى به ، فإن لم يكن شيئًا موصى به فلا وصية ، ويشترط في الموصى به أن يكون مملوكًا للموصي ، فإذا لم يكن الموصي مالكًا للموصى به أصلًا أو كان مالكًا ملكًا غير تام كمستغرق الذمة كانت الوصية باطلة . فإن أوصى بشيء لم يكن موجودًا في التركة وقت الوفاة كمن أوصى بشاة مثلًا لزيد ولم يكن في التركة غنم وقت الوفاة فله قيمة شاة وسط تعطى له . وقال ابن الحاجب له شاة وسط تشترى له من مال الموصي المعتمد الأول .

والوصية بملك الغير لشخص معين صحيحة إن أمكن تحقيقها وإلا فهي باطلة ، فمن أوصى بشيء معين ملك الغير اشترى بعد الوفاة إن أمكن وقبل صاحبه بيعه وشمله الثلث ، وإن لم يقبل مالكه بطلت الوصية وعاد ميراثًا ، وإن قبل ولم يشمله الثلث خيِّر الوارث بين الإجازة أو أن يخلع ثلث الجميع .

ومن أوصى بشيء له جنس ولم يكن في التركة كتمر أو قمح مثلًا اشترى بعد الوفاة ونفذت الوصية .

فالإيصاء بمشترى ملك الغير المعين للموصى له تكليف للوصي يفعله لتنفيذ الوصية ولا يريد الموصي بذلك إيصاءً بملك الغير(مادام مملوكًا للغير) وإنما أراد تحصيله لمنفعة الموصى له إذا أمكن ، فإن لم يمكن بطلت الوصية وعادت ميراثًا .

---

(1) يقول الدردير : [يبدأ من تركة الميت من رأس المال ولو أتى على جميع التركة بحق تعلق بعين أي ذات كمرهون في دين فيقدم وجوبًا ؛ لتعلق حق المرتهن به على مؤن التجهيز ، فمؤن تجهيزه تقدم على الديون بالمعروف . فقضاء دينه فوصاياه] . الشرح الصغير جـ 4 ص 198 بداية المجتهد جـ 2 ص 338 حاشية الرهوني جـ 8 ص 308 وما بعدها . وإنما تقدم تجهيز المتوفى وتكفينه ودفنه على الديون المتعلقة بذمته ، لأنها كالنفقة الضرورية له حال حياته ، فقدمت على ديون الذمة . ومع ذلك فقد جاءت المادة 41 من قانون الميراث المصري الصادر عام 1943 بالعدول عن ذلك وقضت بتقديم تجهيز الميت وتكفينه على الحقوق المتعلقة بأعيان التركة . وهو ما أخذت به المادة 291 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي والمادة 262 من قانون الأحوال الشخصية السوري .

وكما تصح الوصية بذات تصح بمنفعة وتصح في شيء مفروز كما تصح في شيء مشترك ، ويصبح الموصى له شريكًا بقدر الوصية فمن أوصى لشخص بربع رحى مثلًا ملك الموصى له الوصية وأصبح مالكًا لربع الرحى .

ويملك الموصى له الوصية وقت الوفاة كما يملك الوارث الميراث بالوفاة . والقبول من الموصى له البالغ الرشيد المعين شرط في وجوب الوصية وتنفيذها بعد الموت فلو مات المعين قبل قبوله فوارثه يقوم مقامه .

والقبول والرفض قبل موت الموصي لغو فالملك للموصى له بالموت [1] .

---

(1) يقول الدردير : من أركان الوصية [وموصى به وهو ملك أو استحق كولاية في قربة غير زائد على ثلثه] الشرح الصغير جـ 4 ص 181 حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 8 ص 225 وما بعدها .

وقد جاء في المادة 24 من قانون الوصية المصري أن الوصية لا تبطل بردها قبل موت الموصي ، وإنما ينتج الرد أثره بعد الموت ، حتى إنه إن ردها كلها بطلت الوصية ، وإن رد البعض وقبل البعض بطلت فيما رده وصحت فيما قبله . وهو ما جاء كذلك في المادة 227 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي التي قيدت حق الموصى له في الرد بثلاثين يومًا من تاريخ وفاة الموصي ، فإن لم يردها في هذه الأثناء مع العلم بالموت والتمكن من الرد اعتبر قابلًا .

نتيجة المقارنات من بند 47 إلى نهاية بند 54

يتفق التشريعان فيما يأتي :

الكمية الزائدة والمحفوظة في التركة (في الجملة) - طبيعة الاحتياطي القانونية (في الغالب) حكم مخالفة قواعد الاحتياطي - قواعد خاصة بالهبة (في الجملة)- عدم جواز الرجوع في الهبة - الوصية وأقسامها (في الجملة) - الوصية العامة - الموصى له بعنوان عام .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

تحديد الورثة أصحاب الاحتياطي وتحديد الاحتياطي - احتساب الكمية الزائدة والاحتياطي (في الجملة) - أسباب الرجوع في الهبة (في الجملة) .

بند [55] تنفيذ الوصية

القانون الفرنسي : يجب على من سيذكَر تنفيذ وصية المتوفى :

(1) على الورثة الذين يحوزون الميراث في مجموعه .

(2) على الموصى لهم بوصية عامة أو الموصى لهم بعنوان عام .

(3) بعض الموصى لهم بوصية خاصة متى كلفه الموصي بذلك .

وللموصى له بوصية خاصة رفع دعوى بطلب تسليم ما أوصى به له حسب هذا الترتيب ، فإن تعدد من يجب عليه تنفيذ الوصية طولب كل واحد بما يخصه من التركة .

ضمان تنفيذ الوصية : للموصى له الحق ضمانًا لتنفيذ الوصية في :

(1) طلب فصل أموال التركة عن مال الوارث .

(2) الرهن القانوني على أملاك منفذ الوصية . فإذا وجد أكثر من واحد من مديني الوصية كان للموصى له اتخاذ الرهن القانوني بحقه كاملًا ضد كل واحد منهم بسبب العقارات التي خرجت في حصتهم .

ونتيجة هذا الرهن أن الموصى له يقدم في دفع حقه على دائني الوارث ولكن يفضل عليه دائنو المتوفى حيث لا وصية إلا بعد سداد الدين .

واجبات الموصى له : بسبب مركزه لا يلزمه سداد دين المتوفى ولا تنفيذ وصية إلا إذا حُمِّل بها من المتوفى وكذا إذا كلِّف بعمل واجب من المتوفى .

منفذ الوصية :

منفذ الوصية هو الشخص الذي عينه المتوفى في وصيته للتأكد من تنفيذ إرادته الأخيرة .

صفات المنفذ القانونية : المنفذ للوصية هو وكيل عادي للمتوفى ولكنه يختلف عن الوكيل العادي في أربع نقط :

(1) لا يمكن تعيينه إلا في الوصية .

(2) الوكالة توجد من وقت وفاة الموصي .

(3) عديم الأهلية لا يصح كونه منفذًا للوصية كالمرأة المتزوجة بدون إذن الزوج إلا إذا كانا متفرقين في الأموال فإذن القضاء .

(4) إذا تعدد المنفذون كانوا متضامنين فيما بينهم . وفيما عدا ذلك فالمنفذ كالوكيل العادي خصوصًا إذا مات لا تنتقل الوكالة لورثته .

مهمة المنفذ : تختلف مهمة المنفذ أهمية إذا كان ممنوحًا حق وضع اليد أم لا ، وذلك :

أولًا : حق وضع اليد لمنفذ الوصية مصدره الموصي فيذكر في وصيته صراحة أن للمنفذ حق وضع يده ، فإن لم يجز ذلك صراحة فليس له مطلقًا وضع يده على التركة ولا طلب ذلك ، وحق وضع اليد للمنفذ لا يكون إلا على المنقول فقط ، كلًّا أو بعضًا .

ومدة وضع يده سنة ويوم من تاريخ الوفاة ، وينتهي بمضي المدة المذكورة أو يدفع الوارث مبلغًا يكفي لنفاذ الوصية أو تنفيذها من نفسه هو .

ويجب على منفذ الوصية أن يختم على أعيان التركة،ثم يحصرها بوجود الورثة ، متى كان هناك قاصرا أو عديم الأهلية ، فإن وجد ما يكفي لنفاذ الوصية من النقد نفذها ، وإلا باع المنقول الذي يكفي لذلك ، كما يجوز لمنفذ الوصية بيع العقار لتنفيذها إذا لم يجد غيره .

أعمال منفذ الوصية : قلد القانون منفذ الوصية ثلاثة أشياء :

(1) تسليم الأعيان المنقولة الموصى بها .

(2) ملاحظة تنفيذ شروط الوصية .

(3) الدفاع عن الوصية أمام القضاء ، فيما يرفع لبطلان الوصية،وبعد نهاية مدة وضع يد منفذ الوصية عليه تقديم حساب بما عمل ، وإرجاع ما بقي من المنقول إلى الورثة أو إلى الموصى لهم إيصاء عامًّا .

منفذ الوصية الذي ليس له حق وضع اليد ، عمل المنفذ في هذه الحالة محصور في :

(1) ملاحظة تنفيذ شروط الوصية .

(2) الدفاع عن الوصية في حالة الدعوى بعدم صحتها [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1025 إلى 1034 ، في الفصل السابع ، من الباب الخامس ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 229 - 231 .

بند [56] تنفيذ الوصية

التشريع الإسلامي : تقدم أن الوصية تخرج من ثلث مال التركة بعد خصم الدين المتعلق بعين التركة وخصم نفقة الكفن والدفن بالمعروف وسداد الدين الذي لم يتعلق إلا بذمة المتوفى . والباقي ينظر إلى ثلثه فتخرج منه الوصايا أو الوصية . وعلى هذا فإن كانت التركة تحت يد الوارث البالغ الرشيد وجب عليه إخراج الوصية وتنفيذها ، فإن لم يكن وارثًا ، أو كان ولكنه عديم الأهلية لصغر ، أو سفه ، أو جنون ، فيجب على وصيه المعين من المتوفى تنفيذ الوصية ، فإن لم يكن فعلى مقدَّم القاضي المعين وصيًّا [1] ، فإن لم يكن فعلى الحاكم نفسه ، فإن لم يكن فعلى جماعة المسلمين [2] .

وللموصى له بوصية عامة أو بوصية خاصة طلب تسليم ما أوصى به له ممن يملك التصرف في التركة بوجه شرعي . فإن نفذ وأعطاه وصيته فبها وإلا رفع الأمر للقاضي ليحكم له بالتسليم متى ثبتت دعواه ؛ فالموصى له مدع وعليه إثبات أن الوصية وقعت صحيحة مستوفية لشروط صحتها ، فلا يحكم بصحة وصية أو فسادها إلا القاضي .

فإن تعدد من بيدهم أمر التركة ترفَع الدعوى على الجميع كمن أوصى ببقرة معينة لشخص معين وترك وورثته بُلَّغًا رشَّدًا أو قصَّرًا ، وعين وصيًّا على أولاده وطالب الموصى له بالوصية فلم يسلمه أحد ، أو امتنع وصي القصَّر لعدم علمه بأمر هذه الوصية . وبما أن للورثة جميعًا حق في الوصية إذا فسدت يتقاسمها الجميع فترفع الدعوى على البلَّغ بأشخاصهم لأهليتهم للخصومة ، وعلى القصر في مواجهة وصيهم ليخاصم عنهم ، ويطلب فيها الحكم على الأولين شخصيًّا ، وعلى

---

(1) تناولت المادة 876 من القانون المدني المصري وجوب تعيين مصف للتركة إن لم يكن المورث قد عين أحدًا لذلك ، وطلب أحد من ذوي المصلحة في التركة تعيينه . وتقر المحكمة تعيين من أجمع الورثة عليه ، وإلا اختارت من يقوم بذلك من بينهم إن أمكن . أما إذا كان المتوفى قد عين وصيًّا للتركة ليشرف على أداء الحقوق الواجبة فيها طبقًا لما جاء في المادة 878 مدني مصري فإن المحكمة تقر ذلك ، وينطبق عليه ما ينطبق على المصفي من أحكام . ويتفق هذا مع ما جاء في المادتين 1087 ، 1088 من القانون المدني الأردني ، ومع أحكام الفقه الإسلامي وقاعدته القاضية بأن لا تركة إلا بعد الوفاء بالديون .

(2) في بيان ما يخرج من التركة قبل القسمة على الورثة وإخراج الديون والوصايا من ثلث الباقي بعد ما تقدم ، ثم الباقي بعد الوصايا يكون لوارثه انظر الشرح الصغير جـ 4 ص 198 وبداية المجتهد جـ 4 ص 334 وما بعدها وحاشية الرهوني جـ 8 ص 225 وما بعدها .

الأخير بصفته وصيًّا أن يسلموا للموصى له ما يستحقه من وصية .

وليس للموصى له الحق في طلب فصل أموال المتوفى عن أموال الورثة ؛ لأن المالين منفصلان بحكم القانون فهو مفروض دائمًا ، ولا داعي لتحصيل الحاصل ولا رهن قانوني على أملاك الوصي ، ولا على منفذ الوصية . فإن خيف على الوصية المعينة فللموصى له طلب وضعها تحت يد أمين حتى يفصل في التقاضي . وللقاضي أن يجيبه إلى ذلك إذا كان التلف محتملًا ، ولم يكن السداد مؤكدًا . فإن كان التلف محققًا ولا قدرة للموصي على السداد وجب الحكم بوضع الوصية المعينة تحت يد أمين محافظة على أموال الناس من الضياع .

وقد سبق أن الموصى له ينال حقه بعد سداد ديون المتوفى فلا ميراث أصلًا إلا بعد سداد الديون ، ولا وصية أيضًا إلا بعد سداد الديون .

ولا يلزم الموصى له بدفع دين الموصي إلا إذا كلفه بذلك شخصيًّا فيجب عليه أن يقوم بما عهد إليه به .

منفذ الوصية :

قد يعين الموصي شخصًا بذاته ليتولى تنفيذ وصيته فقط فيسمى وصيًّا مختارًا خاصًّا . وقد يعينه وصيًّا مطلقًا على أولاده وتنفيذ وصاياه فهو وصي مختار عام . وقد لا يعين أحدًا فيموت ويترك قصره ووصيته بلا تعيين . فإن كان للقاصر أب فهو وليه متى كان الأب رشيدًا ، فإن لم يكن أقام الحاكم وصيًّا ينظر في شئون القصّر وينفذ الوصية .

ومنفذ الوصية أو الوصي هو الشخص المسلم المكلف العدل فيما ولِيّ فيه القادر على القيام بالموصى عليه ، وإن أعمى أو امرأة أجنبية أو زوجة (هذا بين المسلمين) . فشروط الوصي في المسلمين أربعة [1] :

(1) التكليف وهو البلوغ والرشد .

(2) والإسلام .

(3) والعدالة فيما وُلِّي عليه .

---

(1) راجع الشرح الصغير جـ 3 ص 151 ، الكافي لابن عبد البر ص 423 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 334 وما بعدها .

(4) والمقدرة على القيام بالموصى عليه ؛ فمن لا أهلية فيه للتصرفات الشرعية لا يصح أن يكون وصيًّا في تنفيذ الوصايا ولا في غير ذلك .

وطروء الفسق والعجز وعدم الأهلية والظلم يعزل الوصي . وطروء الفسق على الأب يعزله عن التصرف في متاع ولده والنظر فيه كما قاله يوسف بن عمر [1] .

وطرو العداوة يعزله كما قال ابن رشد : يعزل الوصي إذا عادى المحجور عليه إذ لا يؤمن عدو على عدوه في شيء من أحواله ، ولكن تصرفه قبل العزل ماض بعد طرو الفسق ، إذا لم يلحق المحجور عليه ضرر ، وإلا نقض عمله وأزيل ما لحق عديم الأهلية من سوء التصرف .

والوصي ليس وكيلًا عن المتوفى في تصرفاته في تركته بعد وفاته ، ولكن يتصرف بما فيه المصلحة لعديم الأهلية وفي تنفيذ وصايا المتوفى ، ويمكن تعيينه في غير الوصية كما يمكن عدم تعيينه من المتوفى وإنما يعينه الحاكم . وليس له حق التصرف حال حياة المورث إلا إذا كان وكيلًا عنه . ولا يجوز تعيين عديم الأهلية وصيًّا ، ولا منفذًا للتركة . والمرأة ليست عديمة الأهلية متزوجة أو غير متزوجة ؛ لأن الزواج لا علاقة له بالأهلية ولا بعدمها .

فإن لحق الزوج مضرة أو معرة في جعل زوجته وصية منفذة للوصية فله منعها ، محافظة على حقوقه كزوج [2] لا لعدم أهلية الزوجة لذلك .

وللموصي أن يوكل من يشاء في تنفيذ وصيته واحدًا أو متعددًا ، فإن أوصى لاثنين بلفظ واحد كجعلتكما وصيين أو بلفظين وزمن واحد ، أو زمنيين من غير تقييد باجتماع أو انفراد حمل ذلك منه على قصد التعاون ؛ فلا يستقل أحدهما ببيع أو شراء أو نكاح ، أو غير ذلك إلا بتوكيل منه .

فإن تصرف دونه بالإنكاح فهو فاسد ، وفي البيع والشراء يُرفع الأمر للحاكم ليرى وجه المصلحة فيقرها وإلا أبطل التصرف . فإن قيد الموصي في وصيته بلفظ أو قرينة باجتماعهما في التصرف أو انفراد كل واحد منهما عمل بذلك ، فإن حمل على التعاون وحصل منهما تفريط ضمن كل واحد ما تلف مما بيده أو بيد صاحبه .

---

(1) هو أبو الحجاج يوسف بن عمر الأنفاس كان أحد فقهاء فاس . أخذ عن عبد الرحمن بن عفان الجزولي وغيره وعنه : ابنه أبو الربيع سليمان . قال الشيخ زروق وكانت شهرته وابنه المذكور بالصلاح لشهرتهما بالعلم . توفي سنة 761 وعمره مائة سنة . شجرة النور الزكية ص 233 رقم 836 .

(2) في الأصل : [كزوجة] .

فإذا مات الوصي المنفذ أو الوصي غير المنفذ فلا ينتقل حق الوصاية إلى ورثة الوصي . والأمر لوصي الوصي إذا أذن له الموصي في إقامته بعده أو للحاكم .

مهمة منفذ الوصية :

تختلف مهمة الوصي تبعًا لنص التعيين الصادر من الموصي ، فإن كانت الوصاية مقيدة بنوع خاص من التصرفات عُمل به ، وإن كانت مطلقة كان للوصي حق التصرف في كل شيء من التركة .

وللوصي الحق أصالة في وضع اليد على أعيان التركة . وللموصي أن يقيد هذا الحق كما يشاء . على أنه لا يجوز للوصي أن يبيع التركة أو شيئًا منها لقضاء دين أو تنفيذ وصية إلا بحضرة الوارث الكبير ، فإن غاب الكبير أو أبى نظر الحاكم لأن للكبير الحق في كل التركة بمقدار نصيبه . وليس الوصي وكيلًا عن هذا الوارث الكبير ؛ فلا يجوز له التصرف في حقه بدون وجوده أو مراقبة الحاكم الوكيل عمن لا وكيل له . وإن قسم الوصي على غائب بلا حاكم نقضت . وحق وضع اليد للوصي المنفذ يكون على المنقول والعقار . وعلى الوصي أن يحصر التركة ، متى كان هناك قاصرًا ، أو وصايا يجب إخراجها لمعرفة قيمة التركة ، ولا تحديد لوضع يده مادام وصيًّا .

فإن كانت الوصية غير معينة كمبلغ من المال أو أرادب من قمح مثلًا للفقراء ، وكان في التركة نقدًا نفذ الوصي الوصية بدفع المبلغ المعين مما وجد أو بشراء القمح ، فإن لم يكن في التركة نقد باع الوصي منقولًا من التركة منفردًا إذا لم يكن في الورثة بالغ أو بحضور البالغ أو الحاكم عنه لينفذ الوصية ، فإن لم يكن منقولًا باع عقارًا بشروط بيع عقار عديم الأهلية السابق شرحها .

أعمال منفذ الوصية :

يجب على الوصي منفذ الوصية تسليم الوصية للموصى له ومراعاة شروط الموصي حسب ما أوصى ، ويكون الوصي خصمًا فيما يُرْفع من القضايا خاصًّا بالوصية ، بل وخاصًّا بالتركة إذا كان وصيًّا عامًّا .

وبعد نهاية وصايته بتنفيذ الوصية أو ببلوغ القاصر متى كان وصيًّا عامًّا عليه أن يقدم حسابه عن إيراده ومنصرفه وما عَمِلَه مدة وصايته . وعليه إرجاع وتسليم ما

تحت يده من التركة عقارًا أو منقولًا إلى من يستحقها .

بند [57] بطلان الوصية وإلغاؤها وبطلان عملها

القانون الفرنسي : يتفق بطلان الوصية وإلغاؤها وبطلان عملها في شيئين :

(1) النتيجة في الجميع واحدة وهو عدم وجود أثر للوصية .

(2) يمكن تأثير البطلان أو الإلغاء أو بطلان العمل على جميع أجزائها ويمكن أن ينصب ذلك على بعض محتوياتها .

ويختلف بطلان الوصية عن إلغائها وبطلان عملها في أن بطلان الوصية يرجع إلى نقص في شروط الشكل أو في شروط الموضوع ، فلا توجد الوصية . ولكن الإلغاء وبطلان العمل يفترضان وجود وصية صحيحة ، ولكنها لا تثمر ثمرتها المرجوة لأسباب وظروف خاصة تحدث بعد وجودها . ودعوى بطلان الوصية تبقى ثلاثين عامًا .

أولًا : إلغاء الوصية : إلغاء الوصية يجوز أن يكون اختياريًا وأن يكون قضائيًا . فالإلغاء القضائي هو عمل به يسترد الموصي منفعة وصية عملها في وصية سابقة .

والإلغاء قد يكون صراحة وقد يكون ضمنًا . فالإلغاء الصريح هو ما كان بعمل مستقل ينص فيه على إلغاء الوصية . وقد يكون أمام مسجل العقود ، كما يكون في نفس إشهاد الوصية ، وقد تكون الوصية الملغاة مسجلة رسمية . والإلغاء في وصية بخط الموصي وإمضائه . والإلغاء الضمني وهو الناتج عن عمل الموصي المتضمن إرادته غير الظاهرة في الرجوع في عطاياه التي اشتملت عليها وصيته السابقة كأن أوصى وصية لاحقة ، أو ملَّك الشيء الموصى به ، أو أزال العين الموصى بها كمنزل مثلًا فهدمه .

فالإلغاء بالوصية اللاحقة يجب أن تتعارض شروط ونصوص هذه الوصية مع الوصية الأولى ؛ فتلغى الأولى . وتمليك العين الموصى بها كلًّا أو بعضًا يلغي الوصية السابقة .

الإلغاء القضائي : وهو حرمان الموصى له من الوصية الذي صدر به حكم قضائي في بعض الأحوال . وأسباب الإلغاء القضائي هي [1] عدم تنفيذ الوصية ونكران الجميل من الموصى له .

أولًا : عدم تنفيذ الوصية : تطبق قواعد إلغاء الهبة عند عدم تنفيذها على الوصية

---

(1) في الأصل : [هو] .

عند عدم تنفيذها .

ثانيًا : كفران النعمة : تلغَى الوصية لسبب كفران النعمة من :

(1) التعدي على حياة الموصي .

(2) سوء معاملة الموصى له للموصي أو ارتكاب جنحة معه أو سبه سبًا فاحشًا .

ولتطبيق قواعد هذين السببين يرجع إلى تطبيقها في الهبة بلا فارق بينهما .

(3) إساءة سمعة المتوفَّى الموصِي بعد وفاته .

وشروط الدعوى ونتائجها هي نفس شروطها ونتائجها في الهبة .

بطلان عمل الوصية : هو أن لا تنتج الوصية نتائجها التي عُملت لأجلها ، لحصول بعض أسباب محدودة خارجة عن إرادة المتوفى وعن حكم القضاء .

وأسباب بطلان عمل الوصية :

(1) وفاة الموصى له ، لأن الوصية شخصية لوحظ فيها شخص الموصى له ؛ فإن مات قبل وفاة الموصى بطل عمل الوصية .

(2) عدم تحقق الشروط المترتبة عليها [1] الوصية فيبطل عملها .

(3) وفاة الموصى له قبل تحقق شرط الوصية ، فإن كان شرطًا معلقًا اعتُبرت الوصية ميراثًا لورثة الموصى له ، تنتقل إليهم ما دامت هذه إرادة الموصي .

(4) ضياع الأعيان الموصى بها بقوة قاهرة سواء بعد وفاة الموصي أو حال حياته ، فإن طالب الموصى له بالوصية بعد وفاة الموصي ، وتلفت العين بها بيد الوارث ضمن .

(5) عدم أهلية الموصى له ، أو رفضه للوصية يبطل عملها .

النتائج المترتبة على هذا :

القاعدة الأساسية أن عدم إعطاء الوصية نتائجها المنتظرة منها يغتنمها منفذ الوصية ، وبطريق الاستثناء يغتنمها بقية الموصى لهم متى كان هناك طريق للجمع .

ونظرية الجمع أن يكون الموصى له اثنين دُعِيَا لأخذ الوصية ، وكانت معينة فأحدهما مُنع قانونًا من حيازة العين الموصى بها فيضم نصيبه إلى الثاني الموصى له ،

---

(1) في الأصل : [عليه] .

ويكون الجمع في حالتين :

(1) عندما تكون الوصية بنفس الشيء في جملة واحدة إلى شخصين مختلفين بدون تعيين النصيب سواء أكان الشيء قابلًا للقسمة أم لا .

(2) عندما تكون الوصية بنفس الشيء الموصى به في جملتين مختلفتين إلى شخصين موصى لهما بشرط أن يكون الشيء الموصى به غير قابل للقسمة بدون تلف [1] .

بند [58] بطلان الوصية وإلغاؤها

التشريع الإسلامي : يقال في الاصطلاح الفقهي : هذا العمل باطل يعني لم يقع صحيحًا لتخلف ركن من أركانه ، ويقال : هذا العمل غير صحيح يعنى فقد شرطًا من شروط صحته ، فمثلًا يقال [2] لمن أوصى بملك غيره المعين الذي لا يملكه [3] كعين موقوفة مثلًا إن الوصية باطلة ، ولمن أوصى لوارث إن الوصية باطلة ؛ لأن الأولى فقدت العين الموصى بها ، والثانية فقدت الموصى إليه . ولكن يقال : إن ما زاد عن ثلث التركة في الوصية موقوف على إجازة الورثة ، فالوصية فيه غير صحيحة إلا إذا أجازها الورثة [4] .

وعلى العموم فالمراد بالوصية الباطلة أو الغير صحيحة معنى واحد ، وهو عدم ترتيب آثارها عليها .

ودعوى بطلان الوصية تكون من الوارث الذي يدعي البطلان في الوصية أو ممن

(1) انظر : البنود من 1081 إلى 1090 ، في الباب الثامن ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 241 – 243 .

(2) ساقطة من الأصل .

(3) في الأصل : [يتملك] .

(4) أما الموصى له ، فإنهم اتفقوا على أن الوصية لا تجوز لوارث لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية لوارث » ، واختلفوا إذا أجازها الورثة ، فقال الجمهور : تجوز ، وقال أهل الظاهر والمزني لا تجوز (بداية المجتهد 495/2 ، 496) . وفي الشرح الصغير « إذا أجازها الورثة فهي ابتداء عطية منهم لا تنفيذ لوصية الموصي ، وكذلك ما زاد عن ثلث التركة » . الشرح الصغير (179/4) .

وقد تقدمت الإشارة إلى أخذ بعض القوانين العربية بتصحيح الوصية للوارث ؛ ففي المادة 37 من قانون الوصية المصري النص على أنه : « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير إجازة الورثة » . وخالف في ذلك كل من قانون الأحوال الشخصية السوري والكويتي ، فقد نصت المادة 238 من السوري على أن الوصية للوارث لا تجوز إلا بإذن الورثة ، وهو ما نصت عليه المادة 247 من نظيره الكويتي . وقد خرج قانون الوصية المصري على ما أخذ به فقهاء الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ، واستند كما جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة المذكورة بعبارة موجزة « لحاجة الناس » للوصية للوارث .

يعود عليه نفع هذه الوصية كوارث أو مداين للمتوفى ، وتسري مدة رفع دعوى البطلان في الوصية كما تسري في الهبة .

وإلغاء الوصية قد يكون اختياريًّا بعمل نفس الموصي ، فتبطل الوصية برجوع فيها من الموصي وإن بمرض لأنها من العقود الجائزة إجماعًا ، فيجوز له الرجوع فيها ما دام حيًّا ، والرجوع يكون بالقول الصريح أو الضمني أو بالفعل كبيع العين الموصى بها [1] .

وإذا بنى الموصي بالعين الموصى بها دارًا أو حمامًا فلا تبطل الوصية واشترك الموصي الباني والموصى له ، هذا بقيمة بنائه قائمًا ، وهذا بقيمة عرصته . وما زاده من العقار وجعله متصلًا بالدار التي أوصى بها لا يدخل بالأولى إلا بوصية جديدة ، وأما الزينة والزخرف للموصى به فهو للموصى له .

وصحت الوصية من مقتول إلى قاتل له علم الموصي بالسبب . وإن لم يعلم فقولان [2] بالصحة وعدمها . وإن طرأ القتل بعد الوصية ولم يغيرها فهي باطلة قطعًا ؛ لأن الوصية من قبيل الميراث فتبطل بطروٍّ القتل . ولا تبطل بسوء معاملة الموصى له للموصي أو ارتكاب جنحة معه أو سبه سبًّا فاحشًا ؛ لأن الموصي في هذه الحالة يمكنه إلغاء الوصية ، كما لا تبطل الوصية بإساءة سمعة المتوفى بعد وفاته .

وإن مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية علم الموصي بموته أم لا . وإن علق وصيته على موته في مرضه أو في سفره فلم يمت في مرضه أو سفره الذي عينه فإن الوصية باطلة ؛ لأنه علقها بالموت وهو لم يمت . وإن مات الموصي على هذه الحال من السفر أو المرض قبل موت الموصى له وقَبِل الموصى له الوصية فقد

---

(1) تبطل الوصية برجوع الموصي فيها سواء وقع منه الإيصاء في صحته ، أو مرضه ، وإن كان الرجوع بمرض . الشرح الصغير (79/4) .

(2) بينت المادة 17 من قانون الوصية المصري الحكم ببطلان الوصية للقاتل العامد ، سواء أكان القاتل فاعلًا أصليًّا أو شريكًا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي وتنفيذه ، وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر ، وكان القاتل عاقلًا بالغًا من العمر خمس عشرة سنة . ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي . وهو ما بينته المادة 223 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة 227 من نظيره الكويتي . ولا فرق في ذلك بين أن ينشئ الموصي الوصية قبل ارتكاب الموصى له الفعل المتسبب في القتل وقبل علم الموصي بارتكاب الموصى له السبب المؤدي إلى القتل أو بعد ذلك ، وكذا لو أجازها الورثة أم لم يجيزوها سواء كانوا في عيال المقتول أو لم يكونوا في عياله على الخلاف الفقهي في ذلك . انظر بداية المجتهد 496/2 .

ملكها فإن تأخر تنفيذها إلى موت الموصى له فهي حق لورثته .

فلو أوصى على شرط يقوم به الموصى له فلم يفعل ترد منه الوصية كمن أوصى لأم ولده بوصية على أن لا تتزوج فتوفي ونفذت الوصية لها ثم تزوجت فإنها ترد ما أخذته .

ملك الموصى به ينتقل للموصى إليه بوفاة الموصي [1] . ومتى قبل الموصى له الوصية فقد ملكها ووجب تنفيذها بمعرفة الوصي المختار أو الوصي المعين أو الحاكم . فإن كانت الوصية عينًا بذاتها وجب تسليمها بذاتها . فإن هلكت أو تلفت ؛ فإن كان هلاكها أو تلفها بعد الطلب اعتبر منفذ الوصية غاصبًا ، فهو ضامن قيمة ذلك يوم الاستحقاق وهو يوم الوفاة . فإن كان تأخير تسليم الوصية للموصى له بنية سيئة كمضي مدة بعد الوفاة يمكن للوصي فيها معرفة الوصية وظهورها وظروفها والاعتقاد بصحتها من كل وجه ، ثم سَوَّف في التسليم بعد القبول من الموصى له فهو ضامن قطعًا أيضًا ولو لم يطلبها الموصى له .

فإن هلكت أو تلفت وكانت عينًا من المقومات بدون تسبب من أحد في ذلك فلا ضمان على أحد . ومن باب أولى إذا كان ذلك بقوة قاهرة بعد وفاة الموصي . وأما هلاكها قبل موت الموصي فهو مبطل للوصية سواء من الموصي أو من غيره ؛ لأن الموصى له لم يتعلق حقه بالوصية قبل الوفاة .

أما إن كانت الوصية شيئًا في الذمة أو له مثلٌ فهلاكها لا يبطلها ، ويجب دفع مثلها للموصى له .

فإن أوصى المتوفى لوارث فيقال : إن الموصى له ليس أهلًا لتملك الوصية ؛ لأن الوصية للوارث باطلة على مذاهب أهل السنة .

وقبول الموصى له البالغ الرشيد المعين شرط في وجوبها وتنفيذها بعد الموت فالقبول والرفض قبل الموت لغو فالملك للموصى له بالموت [2] .

---

(1) قاعدة : ملك الموصى به ينتقل للموصى إليه بوفاة الموصي .

(2) تبطل الوصية طبقًا لما جاء في المادة 14 من قانون الوصية المصري « إذا مات الموصى له قبل موت الموصي » ، علم الموصى بموته أو لم يعلم ، وهو ما جاء في المادة 220 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة 226 من نظيره الكويتي . وإنما تبطل الوصية بموت الموصى له حال حياة الموصي ، لأنه يملك الوصية بوفاة الموصي وقبوله الوصية ، وهو في ذلك الوقت غير أهل للقبول أو الملك .

نتائج بطلان الوصية :

القاعدة الأساسية أن الوصية متى بطلت عادت الملكية للموصي فيتلقاها عنه ورثته ، فتكون تركة وتجري عليها أحكام التركة [1] السابقة في الحقوق ؛ فيقدَّم الحق المتعلق بالعين ثم الكفن والدفن ثم الدين ثم الوصية من الثلث ثم الباقي للورثة

فإن كانت الوصية بشيء معينَّ لشخصين بلفظ واحد أو بلفظين كمنزلي هذا وصية لزيد وعمر فهما شريكان في الوصية . فإن بطل نصيب أحدهما كوصية عاد للورثة من التركة يعني تكون الوصية شركة مناصفة بين الموصى له والورثة .

فإن كان الشيء الموصى به غير قابل للقسمة قُوِّم بينهما ، وللموصى له أخذه متى قام بدفع قيمة نصيب الورثة .

بند [59] انفراد بعض عطايا خاصة

القانون الفرنسي :

الأول : هبة في عقد ترتيب أموال الزوجين ، وهي الهبة التي يشتمل عليها عقد ترتيب أموال الزوجية ، أو هي الهبة التي عُملت لمصلحة الزواج واشتمل عليها العقد المذكور .

وقد أعفى القانون الهبة التي تحصل بسبب الزواج في عقد ترتيب أموال الزوجين من بعض شروط الهبة العامة لتسهيل الزواج . والهبة في هذا المعنى قسمان :

(1) الهبة التي منحها أحد الزوجين للزوج الآخر .

(2) الهبة التي منحها ثالث (كأب وأم أو أي شخص آخر) إلى أحد الزوجين .

قواعد عامة إلى نوعي الهبة المذكورين : منها ما يتعلق بالشكل ومنها ما يتعلق بالموضوع .

شروط الشكل : لا يشترط وجود مسجلي عقود وقت تحرير عقد الهبة الرسمي وتلاوته وشهود أربعة وقت إمضائه كما سبق ذلك في الهبة ؛ فلا يشترط في الهبة شيء من هذا . فقط يجب تحقق شروط عقد ترتيب أموال الزوجين ، ولا يشترط قبول هذه الهبة صراحة ، بل يصح قبولها على أي شكل حتى ولو ضمنًا .

شروط الموضوع : لأجل أن تثمر هبة الزواج يجب أن يتم الزواج ، فإذا تمت

---

(1) قاعدة : الوصية متى بطلت عادت الملكية للموصي فيتلقاها عنه ورثته فتكون تركة وتجري عليها أحكام التركة .

الهبة ولم يتم الزواج بطل عمل الهبة ؛ لأنها وهبت لغرض خاص ولم يتم .

الهبة التي تعمل في عقد ترتيب أموال الزوجين لا ينطبق عليها قاعدة (هبة وحفظ ورجوع لا تصح) فتصح الهبة في المواضع الآتية :

(1) هبة الأملاك المستقبلة تصح .

(2) الهبة مع الشرط للواهب .

(3) الهبة بشرط دفع ديون الواهب .

(4) الهبة بشرط جواز التصرف في بعض الأعيان الموهوبة .

الفرق بين نوعي الهبة المذكورين : يبنى الفرق بين الهبتين على أن الهبة من أحد الزوجين للآخر مقصود بها شخص الموهوب له ، فلا ينظر فيها للأولاد الناتجين عن الزواج ، ولكن الهبة إلى الزوجين أو أحدهما من الغير ملحوظ فيها أنها للعائلة فلا ينظر فيها إلى شخص الموهوب له .

وفي هبة الأملاك المستقبلة من الغير للزوجين يحل أولادهما محلهما إذا ماتا قبل الواهب لتملك الهبة بعد وفاة الواهب . ولكن في هبة أحد الزوجين للآخر لا تجوز هبة الأملاك المستقبلة . وفي هبة الغير للزوجين لا يجوز إلغاء الهبة لسبب كفران النعمة ؛ لأن هذا حكم بالحرمان على غير آثم ، وهم الأولاد ، إذا جحد أبوهم النعمة ؛ لأن هذه الهبة ملحوظ فيها العائلة . بخلاف الهبة من أحد الزوجين للآخر فهي خاضعة للإلغاء لجَحْد النعمة ، وليس ملحوظًا فيها مصلحة العائلة .

وفي هبة أحد الزوجين للآخر لا يجوز الرجوع فيها بسبب جناية ، ولا لوجود وارث للواهب بعد الهبة ، بخلاف هبة الغير للزوجين فتلغى بوجود وارث للواهب .

الهبات التي يمكن أن يشتمل عليها عقد ترتيب أموال الزوجين ترجع إلى ثلاثة أنواع ، سواء أكانت من الغير أم من أحد الزوجين للآخر :

النوع الأول : هبة الأملاك الحاضرة ، فإذا حصلت الهبة على هذا الوجه انتقلت الملكية في الحال إلى الموهوب له . بمعنى أنه لا يجوز للواهب أن يتصرف في الهبة بأي نوع من أنواع التصرفات لا بمقابل ولا بغير مقابل .

ولا يشترط في الهبة أن تكون لمن سيولد من الأولاد على تفصيل يأتي .

النوع الثاني : هبة الأملاك المستقبلة ، وهي التي تكون للأملاك التي يتركها

الواهب عند وفاته ، ويقع هذا في جميع أملاك الواهب التي يتركها عند وفاته أو بعضها أو مبلغ محدود من المال .

والواجب اعتبار وقتين لتحديد نتائج مثل هذه الهبة .

1 - الهبة وقت حياة الواهب لأملاكه المستقبلة : لا تنتج الهبة أي فائدة ولا ملكية للموهوب له . ولا يستحق عليه أي حق أيًا كان سوى حقًّا مستقبلًا ، ولكن لا يبيح له اتخاذ طرق تحفُّظية أو احتياطية ضد الواهب . فقط يمنع الواهب من التصرف بلا مقابل ، كالهبة والوصية فيما تشمله الهبة من الأملاك ؛ فيجوز له البيع والمبادلة ، وله التصرف في الثمن كما يشاء .

2 - الهبة بعد وفاة الواهب : في هذه الحالة يصبح الموهوب له كالموصَى له وصية عامة فله القبول المطلق ، وله القبول بشرط الحصر ، وله الرفض .

ويملك الموهوب له أعيان الهبة بالقانون من تاريخ وفاة الواهب . وليس له وضع اليد إلا كما يضعها الموصى له وصية عامة فيطلب الأمر بتسليم الوصية له .

ويجب على الموهوب له دفع دين الواهب مثل ما يجب على الموصى له وصية عامة .

النوع الثالث : هبة الأملاك الحاضرة والمستقبلة : هو عقد الهبة الذي يعطي الموهوب له حق الخيار في أخذ أموال الواهب الحاضرة مع دفع ديونه الحاضرة وقت الهبة ، أو أخذ ما يتركه الواهب من أملاكه وقت وفاته . فإن قبل الأملاك الحاضرة نفذت الهبة فيها . وإن قبل الأملاك بعد الوفاة طُبِّقت قواعد هبة الأملاك المستقبلة التي مرت .

ويشترط لصحة هذه الهبة أن يرافقها كشف به بيان ديون الواهب الحاضرة وقت الهبة ليحُفْظَ مع نفس الهبة .

وحق الاختيار يبدأ من تاريخ وفاة الواهب ؛ فإن قبل الأملاك بعد الوفاة طبقت القواعد السابقة الخاصة بها . وإن قبل الأملاك الحاضرة اعتبر مالكًا من تاريخ الهبة . وكل تصرف صدر من الواهب بمقابل أو بدون مقابل يعتبر مُلْغىً بعد إشهاد الهبة . وكذلك الحقوق العينية لا تعارض حقوق الموهوب له مطلقًا فهي ملغاة بالنسبة له ، بشرط أن تكون الهبة سجِّلت في سجل حفظ الرهونات في تاريخ حصولها بالنسبة للعقار الموهوب .

وتفضل طريقة الهبة المزدوجة (الأملاك الحاضرة والمستقبلة) على هبة الأملاك

المستقبلة بالآتي :

(1) أنها تضع الموهوب له في مأمن من تصرفات الواهب نظير عوض قبل وفاته ، وبعد الهبة في أملاكه الموهوبة .

(2) لا يدفع الموهوب له إلا الدين المتعاقد عليه الواهب قبل الهبة فقط .

وعد المساواة :

وهو أن يتعهد أب أو أم في عقد زواج أحد أولادهما بعدم تفضيل البعض الآخر من أولادهما عليه ، بترك نصيبه في الميراث معادلًا نصيب أولاده الآخرين .

ونتيجة هذا الشرط عدم جواز تصرف أحد الأبوين المتعهد بالمساواة في الجزء الزائد قانونًا في التركة لأحد أولادهما دون صاحب الشرط [1] .

بند [60] بعض عطايا خاصة

التشريع الإسلامي : الهبة في عقد ترتيب أموال الزوجين : ليس في التشريع الإسلامي عقد ترتيب أموال الزوجين ؛ لأن الزواج مبني على الانفصال التام في الأموال فلا شركة بين الزوجين إطلاقًا لا في مال الزوج ولا في مال الزوجة ، وكلاهما مطلق الحرية في التصرف فيما يملك متى كان بالغًا رشيدًا عاقلًا .

وأما الهبة التي تحصل بمناسبة الزواج من الزوج أو من شخص أجنبي أو أقارب الزوج أو الزوجة ففيها التفصيل الآتي :

أولًا : ما يعطيه والد الزوج لولده في عقد نكاحه أو والد الزوجة لابنته في عقد نكاحها ، ويسمى في الاصطلاح الفقهي (النِّحْلة) وينعقد النكاح على ذلك .

فإذا وقع ذلك فهي لازمة للناحل (المعطي) في ماله وذمته يؤخذ بها في حياته وبعد موته لا يبرئه منها إلا الأداء ، ولا يشترط فيها شروط الهبة العادية . فإن مات الواهب (الناحل) قبل أن تُحاز النحلة فالهبة صحيحة نافذة على القول المختار . وإن ماتت المنحولة فمن حق الزوج ميراثه في النحلة ، وكأن المشرع اعتبر هذه الهبة (النحلة) في مقابل البضع من الزوج أو أقاربه إذا أعطيت للزوجة ، واعتبرها مراعى

(1) انظر : البنود من 1081 إلى 1090 ، في الباب الثامن الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 241 – 243 .

فيها مناسبة الزواج فهي للعائلة ، وتمليكها للزوجة إذا جاءت من أقاربها . ولهذا الاعتبار العائلي والاجتماعي منع الأب والأم من اعتصار هذه الهبة التي وُهبت للولد . (ونكح الولد أو داين للهبة) أي كان الموهوب له ولدًا أو بنتًا وتزوجا وكان لمال الهدية دخل في الزواج .

ثانيًا : ما يعطيه الزوج لزوجته بمناسبة الزواج : فإن كان العطاء قبل العقد والدخول فحكمه كالمهر سواء بسواء ؛ فلا يسقط عن الزوج بموت الزوجة ولا بموته هو ولا بفلسه . وإن كان العطاء بعد العقد فإنه يسقط عن الزوج بموته وفلسه قبل قبض الزوجة وقبل الدخول بها . فإن دخل عليها استحقته . وموت الزوجة قبل البناء لا يسقط المزيد بعد العقد . وتشطر المهر وما زاد عليه بعد العقد إن حصل الطلاق قبل الدخول [1] ، وملكته كله بوطء أو موت أحدهما أو إقامة سنة عند زوجها البالغ وهي مطيقة . ولا يشترط في هذه الهبة أي شرط خاص غير الشروط العامة .

والقبول كما يكون صراحة يكون ضمنًا [2] .

ويجري حكم الصداق على الهبة الطارئة عليه قبل العقد كما سبق .

وتصح هبة الأملاك المستقبلة [3] ؛ فقد نص المشرعون على أنه لو شرط المتعاقدان الربح لغيرهما جاز [4] . فإن كان المشترط له معينًا لزمهما الوفاء بما تبرعا به ويقضَى عليهما به إن امتنعا . وإن اشترطا ثلث الربح للمساكين جاز كهبة أيضًا ولا يقضَى عليهما به . ولو قال لآخر : لك نصف ما أربح من هذه السلعة مثلًا لزمه ، ويُقضَى عليه بذلك ما لم يفلس أو يمت .

وصحت الهبة مع شرط الواهب إلغاء هبته ، أو مع دفع دين محدد أقل من الهبة

---

(1) للمرأة نصف المهر ، إذا طلقت قبل الدخول ، وكان النكاح صحيحًا . انظر : بداية المجتهد (34/2) .

(2) يقول الدردير [والصداق ويسمى مهرًا وهو ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها والاتفاق على إسقاطه مفسد للعقد] . الشرح الصغير جـ 2 ص 97 ، وهذا مذهب المالكية ، والأحناف على وجوب مهر المثل مع تصحيح العقد كما مر .

(3) جاءت المادة 492 من القانون المدني مصري ببطلان هبة الأموال المستقبلة واشتراط وجود الشيء الموهوب وقت الهبة ، وهو ما أخذت به المادة 464 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 563 مدني أردني والفقرة الأولى من المادة 609 مدني عراقي التي نصت على أنه : « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة ، ويلزم أن يكون معينًا مملوكًا للواهب » . وهذا هو ما نصت عليه المادة 856 من مجلة الأحكام العدلية .

(4) قاعدة : إذا شرط المتعاقدان الربح لغيرهما جاز .

وإلا انتفت الهبة . فإن كان التنفيذ حال حياة الواهب فهي وكالة ، وإن كان بعد وفاته فهي وصاية مختارة . وصحت الهبة بشرط تصرف الواهب في أعيان الهبة كلًّا أو بعضًا ، بل وبشرط أن لا يبيع أو يهب الموهوب له إلا لمن يجيزه الواهب فقد نص الفقهاء على أن من وهب لرجل هبة أو تصدق عليه على أن لا يبيع ولا يهب إلا لمن يجيزه فالهبة جائزة [1] ومثلها الصدقة . وقيل : لا يجوز إلا بإذن الواهب ، وقيل : إن الصدقة والهبة تبقيان بيد المتصدَّق عليه كالوقف لا يبيع ولا يهب حتى يموت . فإذا مات ورث عنه على سبيل الميراث ، وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب .

وكل هذه الهبات جائزة بين الزوجين وللزوجين ولغير الزوجين ، بدون فرق بين الهبات بين الزوجين ولغير الزوجين .

ولا يجوز الرجوع في الهبة بين الزوجين كما لا يجوز بين غير الزوجين إلا إذا كان ذلك مشروطًا [2] في نفس الهبة أو كان أبًا أو أمًّا كما سبق الكلام فيه في أحكام الرجوع في الهبة .

وأما هبة الأملاك الحاضرة فهي جائزة للزوجين ولغيرهما ، ويملك الموهوب له الهبة بمجرد العقد . وعلى الواهب تسليم الموهوب له ما وهب له ، وإلا أُكرِه على التسليم والحيازة لأن الحيازة شرط في تمامها [3] .

فإن باع الواهب قبل علم الموهوب له أو بعد علمه ولم يفرط في طلب الحوز فلا تبطل ، ويُخيَّر الموهوب له في رد البيع وإجازته ، وأخذ الثمن ، وإلا فالثمن قيل للواهب وقيل للموهوب له [4] . وإن مات الموهوب له قبل علمه بالهبة فلا تبطل ويقبضها وارثه . وإن علم الموهوب له بالبيع وفرط في حوزها مضى البيع وله الثمن . وقيل الثمن للواهب .

---

(1) قاعدة : من وهب لرجل هبة أو تصدق عليه على أن لا يبيع ولا يهب إلا لمن يجيزه فالهبة جائزة .

(2) قاعدة : لا يجوز الرجوع في الهبة بين الزوجين كما لا يجوز بين غير الزوجين إلا إذا كان ذلك مشروطًا . وقد تقدمت الإشارة إلى ما جاء في المادة 500 مدني مصري وما يقابلها من مواد تناولت أحكام الرجوع في الهبة .

(3) قاعدة : هبة الأملاك الحاضرة جائزة للزوجين ولغيرهما ويملك الموهوب له الهبة بمجرد العقد وعلى الواهب تسليم الموهوب له ما وهب له ، وإلا أكره على التسليم والحيازة لأن الحيازة شرط في تمامها .

(4) لا تبطل الهبة ببيع من واهبها قبل علم الموهوب له بالهبة ، وكذا بعد علمه ، ولم يفرط في حوزها . وإذا لم تبطل خير الموهوب له في رد البيع ، وفي إجازته ، وأخذ الثمن ، وإن باعها واهبها بعد علم الموهوب له ، وفرط في حوزها مضى البيع . وإذا مضى فللموهوب له الثمن ، وقيل : للواهب . الشرح الصغير (341/3) .

وأما هبة الأملاك التى يتركها عند وفاته فهي غير صحيحة ؛ لأن الهبة لا تتعدى حياة الواهب ، فإن تعدتها كانت وصية فتجري عليها أحكامها في أنها لا تجوز فيما زاد على الثلث ، ولا تجوز للوارث عند أهل السنة .

وهبة الأملاك المستقبلة جائزة بشرط أن تنفذ حال حياة الواهب ، فإن وهب أملاكه المستقبلة ثم مات قبل استيفاء الموهوب له الهبة بطلت فيما بقي بعد الموت . وما قبل الموت تصح هبته بشرط القبض والحيازة قبل الوفاة . فإن جد في الطلب وسوَّف الواهب حتى مات فلا تبطل الهبة التي سبقت الموت ، وبمجرد الموت بطلت الهبة [1] وانتقلنا إلى أحكام الوصية [2] .

وأما هبة الأملاك الحاضرة والمستقبلة فهي مركبة من نوعين ؛ فالهبة حال حياة الواهب لأملاكه الحاضرة جائزة ، ولأملاكه المستقبلة بعد الموت غير جائزة ؛ لأنه بالوفاة انتقلت ملكية التركة للورثة ، فلا تصرف له فيها إلا بقدر الثلث كوصية لا هبة .

ومن وهب ميراثه بعد موت مورثه لزمه [3] بلا خلاف . وإن وهبه في حال مرض مورثه الذي مات فيه لزمه على الأقوى . وقيل : بعدم اللزوم ، وإن وهبه في حال صحته فقولان باللزوم وعدمه .

وعد المساواة : وهو أن يتعهد أحد الأبوين في عقد زواج أحد أولادهما بعدم تفضيل البعض الآخر من أولادهما عليه . مثل هذا الوعد غير ملزم لأنه تعهد بالامتناع عن التبرع وهو غير ملزم ؛ لأن المالك له حق التصرف المطلق فيما يملك

---

(1) تقدمت الإشارة إلى ما جاء في القانون المدني المصري بشأن اشتراط وجود الموهوب له وقت الهبة ، وأنه « تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة » .

وهو ما جاء كذلك في المادة 1/609 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة . ويلزم أن يكون معينًا مملوكًا للواهب » .

وهو ما جاء كذلك في المادة 562 من التقنين الأردني التي تنص على أنه : « على الرغم مما ورد في المادتين 91 و 254 من هذا القانون لا تنعقد الهبة بوعد ولا تنعقد على مال المستقبل » . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 162 .

(2) يقول ابن رشد [اتفقوا على أن للإنسان أن يهب جميع ماله للأجنبي] بداية المجتهد جـ 2 ص 227 ، 228 الشرح الصغير جـ 3 ص 346 وما بعدها ، والكافي لابن عبد البر ص 528 وما بعدها .

(3) قاعدة : من وهب ميراثه بعد موت مورثه لزمه .

من جميع الوجوه ، وقد حصل خلاف بين المشرعين في حكم تصرف رجل صحيح سليم عاقل رشيد بأن وهب أحد أولاده شيئًا ميَّزه على الآخرين أو قصر هبته على الذكور دون الإناث فقال بعضهم : إنه حرام لأن سبب القرابة الجزئية للجميع وحقهم مقرر شرعًا في التركة فتمييز بعضهم خروج عن نص الكتاب والسنة لما ورد ما معناه أن رجلًا من الصحابة أراد أن يخص أحد أولاده بعنْز فقالت أمه : أشهد رسول اللّه على ذلك ، فحمل الولد وأخذ الماعز وذهب للرسول فقال له الرسول ﷺ : « ألك أولاد غير هذا ؟ » قال : نعم فقال له : « اتق اللّه واعدل بين أولادك » ورده (أوكما ورد) لهذا كان التفضيل حرامًا ، وقيل : إنه جائز لأن المالك يتصرف في ملكه كيف يشاء بلا حجر عليه ، فله تفضيل بعض أولاده عن البعض الآخر [1] .

وفي رأيي أن لكل حالة ما يبررها ؛ فقد يجوز أن يكون للرجل أبناء بررة وآخرون فجرة عاقون فيجوز للرجل والد الجميع أن يميز البار عن الفاجر ، أو لولد عيال كثيرة ولآخر ولد أو لا شيء مثلًا ، فيجوز مساعدة ذوي الأولاد ، وكان الجميع إخوة أشقاء .

فإن كانوا إخوة لأب وقد احتضن الوالد إحدى زوجاته وأولادها وميزهم عن الآخرين بلا سبب معقول سوى حب هؤلاء وكراهة الآخرين فذلك ممنوع قطعًا . والأولى ترك الأمر لله يفعل ما يشاء فقد رأينا بأعيننا أن من ميزه والده افتقر وذل ، ومن أعرض عنه والده أعزه اللّه وغناه بشرط عدم عقوق الوالدين ، ولله في خلقه شئون ، وهو أدرى بخلقه من خلقه وهو المعز المذل وهو اللطيف الخبير .

الكتاب الثالث

بند [61] الهبة بين الزوجين مدة الزواج

القانون الفرنسي : لما كان للزوجين تأثير فيما بينهما ، وكان أحدهما يصح أن يكون واقعًا تحت تأثير الآخر لضعف في الإرادة أو لحب جارف تضيع فيه شخصية

---

(1) يقول ابن عبد البر [جائز أن يهب الرجل لبعض ولده دون بعض ويكره أن يهب لأحد ولده إلا أن يكون يسيرًا] الكافي ص 530 بداية المجتهد جـ 2 ص 328 .

أحدهما في الآخر وضع القانون شروطًا خاصة لما عساه أن يكون بينهما من تصرف .

القواعد الخاصة التي تطبق على الهبة بين الزوجين :

إن الهبة بين الزوجين يصح أن تكون للأملاك الحاضرة أو لبعضها ويملكها الموهوب له [1] بمجرد الهبة ، ويجوز أن تكون للأملاك المستقبلة ويسري عليها حكم هبة الأملاك المستقبلية التي وُهبت في عقد ترتيب أموال الزوجين .

ويجوز الرجوع في الهبة بين الزوجين للأسباب العامة التي ذُكرت في الرجوع في الهبة العامة أو لإرادة الواهب .

فالأسباب القانونية لجواز الرجوع في الهبة :

(1) عدم تنفيذ شروط الواهب .

(2) كفران نعمة الواهب . وأما حدوث فرع وارث بعد الهبة فلا يكون سببًا هنا في الرجوع في الهبة .

(3) مجرد إرادة الواهب في الرجوع في الهبة بدون إبداء أي سبب آخر يجوِّز الرجوع في الهبة ولو كان هناك شرط بعدم جواز الرجوع .

والذي له الحق في الرجوع في الهبة هو أحد الزوجين الواهب شخصيًا فقط ، فلا دائن ولا وارث يصح له ادعاء هذه الدعوى باسمه ، والمدعى عليه في هذه الدعوى أحد الزوجين الموهوب له أو ورثته بعد وفاته .

والرجوع في الهبة يكون صراحة كعمل إشهاد بالرجوع ، أو عمل وصية يُذكَر هذا فيها ، ويكون ضمنًا ككل عمل يتضمن رجوع الواهب في الهبة .

ولأجل أن يكون للواهب من الزوجين منتهى الحرية في الرجوع في الهبة متى شاء اشترط القانون ما يأتي :

أولًا : يجب أن لا تكون الهبة متقابلة من الطرفين في إشهاد واحد [2] كذلك لا تكون الوصية متقابلة من الطرفين في إشهاد واحد [3] .

---

(1) في الأصل : [به] .

(2) قاعدة : الهبة لا تكون متقابلة من الطرفين في إشهاد واحد .

(3) قاعدة : لا تكون الوصية متقابلة من الطرفين في إشهاد واحد .

ثانيًا : للزوجة الحق في الرجوع في هبتها لزوجها بدون احتياج إلى إذن من الزوج أو القضاء [1] .

ونتيجة الرجوع في الهبة أن [2] تعود الهبة كأنها لم تكن ؛ فكل حق ثبت للغير على أعيان الهبة يعتبر ملغى قانونًا .

ثالثًا : المقدار الزائد بين الزوجين : تقدم بيان القدر الزائد الذي يجوز التصرف فيه للمورث الذي له ورثة شرعيون ، فهل القدر الزائد يكون محدودًا بين الزوجين للتصرف فيه أم غير محدود ؟ هذا ما يكون موضع الشرح في هذا الفصل .

وتجب ملاحظة أن القواعد الآتية تطبق على الهبة بين الزوجين في عقد ترتيب أموال الزوجين ، وفي مدة الزوجية على السواء . ويلزم التفصيل بين الأحوال الآتية :

أولًا : في حالة وجود وارث له حق الاحتياطي وكان أصولًا ، في هذه الحالة يكون الاحتياطي مشابهًا للاحتياطي العادي الذي مر ذكره في غير حالة الهبة بين الزوجين (قانون 14 فبراير سنة 1900) وقد كان أولًا يجوز لأحد الزوجين الهبة للآخر في القدر الزائد زائدًا هبة المنفعة ، أيضًا في الاحتياطي الذي للأصول فَأُلْغِي هذا وأصبح كالهبة في الحالة الاعتيادية .

ثانيًا : في حالة وجود وارث له حق الاحتياطي وكان ولدًا مشتركًا ، ليس لأحد الزوجين الهبة للآخر إذا كان لهما ولد مشترك إلا الربع ملكية ، والربع ثمرة ، أو النصف في جميع أملاكه ثمرة فقط ، يعنى حق الانتفاع مدى الحياة .

وليس للواهب إعطاء زوجه 4/3 ثلاثة أرباع أملاكه للانتفاع بل يجب إما النصف انتفاعًا أو الربع ملكًا والربع انتفاعًا فقط .

ثالثًا : الوارث الذي له حق الاحتياطي ولد من زواج سابق : متى تزوج أحد الزوجين ثانيًا ، وكان له أولاد من الزواج السابق لا يجوز له هبة ما زاد عن نصيب ولد شرعي بشرط أن لا يزيد عن ربع أملاكه . ولأجل تحديد هذا النصيب يجب افتراض أن لأحد الزوجين ولدًا ، ثم يحدد ما يصح هبته له على هذا الأساس . فإذا

(1) قاعدة : للزوجة الحق في الرجوع في هبتها لزوجها بدون احتياج إلى إذن من الزوج أو القضاء .

(2) في الأصل [أنها] .

كان للمتوفى ثلاثة أولاد من زواجه الأخير ، وولد من زواجه الأول يكونون أربعة فيحسب الموهوب له ولدًا ، وتقسم التركة على خمسة أقسام فما تجوز هبته من التركة لأحد الزوجين لا يجوز أن يزيد عن الخمس ، وبشرط أن يكون النصيب المذكور معادلًا لنصيب ولد غير مفضل بهبة من والديه ، وبشرط أن لا يزيد النصيب عن ربع تركة المتوفى الواهب .

احتياطات قانونية لمنع غش الزوجين :

ويقع هذا في عدة صور :

1 - هبات غير مباشرة ، وهي تقع في تنازل عن حق أو دين بلا مقابل ، أو بيع بثمن أقل من ثمن المثل . وهي في ذاتها صحيحة ، غير أنها إن زادت عن الحد المقرر وجب إنقاصها إلى القدر المقرر قانونًا .

2 - الهبات المخفية ، وهي ما تقع في عقد بمقابل كبيع ظاهرًا وهو هبة ، وهذا يقع باطلًا فلا تصح الهبة أصالة بشرط أن تزيد الهبة المخفية عن المقدار المقرر . ويفرض القانون الأشخاص الآتية واسطة في إخفاء الهبة وهم :

(1) أولاد الزوج الموهوب له من زوج آخر .

(2) أقارب الزوج الموهوب له الذين يمكن أن يكونوا من ورثته من يوم الهبة ، وهذه القرائن قاطعة لاتقام ضدها أدلة أخرى [1] .

بند [62] الهبة بين الزوجين مدة الزواج

التشريع الإسلامي : الزواج مبني على المكافأة الجنسية بلا تفاضل ولا امتياز ؛ فالرجل حر طليق من كل قيد يحد من تصرفاته التي هو أهل لها شرعًا . والمرأة حرة طليقة في كل تصرف في أملاكها على ما سبق بيانه . فلا يحد من تصرفاتها إلا ما نص عليه شرعًا . فلا حق للزوج على زوجته إلا في حدود ما يمس الزواج [2] . ولا حق للزوجة على زوجها إلا في حدود أوامر الشرع فيما يمس

---

(1) انظر : البنود من 1091 إلى 1100 ، في الباب التاسع ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 243 - 246 .

(2) قاعدة : لا حق للزوج على زوجته ، إلا في حدود ما يمس الزواج .

الزواج [1] . فإذا وهب لزوجته ما شاء أو وهبت هي له ما شاءت فلا اعتراض لأحد عليهما ما داما صحيحين سليمين رشيدين إلخ شروط الأهلية الشرعية . وهبتهما أو هبة أحدهما تطبق عليها قواعد الهبة العامة بلا فارق ، إلا في أن الزوجة لا يُحْجَر عليها في التبرع بما زاد عن ثلث مالها ؛ لأن الحجر عليها في ذلك كان لحق الزوج ، وبما أن الزوج هو الموهوب له فلا اعتراض لأحد عليها . اللّهم إلا إذا كانت مبذرة فتجري عليها أحكام الحجر العامة كأي شخص آخر [2] .

ولا شك أن هذا المعنى لم تصل إليه بعد الشرائع الوضعية ، وستصل إليه بعد حين ، لأن المشرع الإلهي رأى مصلحة عباده وما يصلح معاشهم ومعادهم فشرع لهم وإن كانوا لا يدركون حكمة التشريع . وأما المشرع الوضعي فقد ظن أو قطع أن المرأة لا تزال قاصرًا فهي في حاجة لحمايتها من الرجل ، ولكن اللّه أعطاها حقها وساواها بالرجل فيما تستحقه وحفظ لها مكانتها ، وقد فرض اللّه على الزوج حقوقًا وفرض على الزوجة حقوقًا . ولم يجعل لأحدهما سلطانًا على الآخر يتنافى مع الإنسانية بل جعله محدودًا بحدود الحقوق الزوجية فقط .

وجواز الرجوع في الهبة بين الزوجين لغير سبب في القانون الوضعي هدم لأسباب الملكية بلا شرط ، وإضاعة الثقة بين الناس ، ومن دواعي عدم الاطمئنان والاستقرار في المعاملة بين الناس ، وهذا لا مصلحة فيه .

ومعلوم أن الموهوب له يملك الهبة بمجرد الإيجاب والقبول ، وتتم بالحيازة وبمجرد هذه الحيازة قد أصبح صاحب الحق المطلق في التصرف ، ولهذا منع التشريع الإسلامي الرجوع في الهبة بين الزوجين إلا بشرط من الواهب فقط كما سبق ، وتصرفات الموهوب له صحيحة في الموهوب نافذة بلا شك ما دامت في حدود القانون .

القدر الزائد في الهبة : قد تقدم أن تصرفات الصحيح السليم الرشيد نافذة في

(1) قاعدة : لا حق للزوجة على زوجها إلا في حدود أوامر الشرع فيما يمس الزواج .

(2) يحكي الدردير مذهب المالكية بشأن منع هبة [المريض والزوجة فيما زاد عن ثلثهما ، إلا أن هبتهما فيما زاد على الثلث صحيحة موقوفة على الوارث والزوج] الشرح الصغير جـ 3 ص 339 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 328 وما بعدها .

أملاكه حتى ولو أتت على جميع ما يملك [1] . وأما تصرفات المريض فهي التي تحد بالثلث كما سبق ، فالهدية لا حد فيها مادام الواهب أهلًا للتصرف وكان صحيحًا سالمًا .

والهبات غير المباشرة صحيحة ، وكذا المخفية وما كانت بواسطة ثالث مادام الواهب صحيحًا سليمًا أهلًا للتصرف ، فإذا كان غير ذلك حُدَّت الهبة التي تصير وصية بحد الوصية وهو الثلث .

ويمكن القول إجمالًا بأن الهبة بين الزوجين ككل هبة بين أي شخصين إلا في تصرف الزوجة فيما زاد على الثلث ، فلا حجر عليها لأحد إلا لزوجها وهو الموهوب إليه .

فلو وهبت الزوجة لزوجها كل أملاكها فتصرفها صحيح ، ما دامت أهلًا للتصرف ، ولا اعتراض لأحد عليها ، ولو قصدت حرمان ورثتها من ميراثها منها .

لهذا نحيل مقارنة ما جاء في هذا الفصل إلى ما سبق في الهبة العامة .

بند [63] الهبة والوصية المنتقلة

القانون الفرنسي : الهبة أو الوصية المنتقلة هي هبة أو وصية بشيء خاص إلى شخص لينتفع به ، ويحفظه مدة حياته ، مع إلزامه بإعطائه لشخص آخر معروف .

ومن هذا التعريف يعلم : أنه يشترك ثلاثة أشخاص في هذا العمل : الواهب أو الموصي ، والشخص الأول المنتفع والمكلف بتركه لشخص آخر ، والشخص الثالث المنتفع الثاني .

أصل المنع : تُمنع الوصية أو الهبة المنتقلة لأسباب سياسية واقتصادية وقضائية :

(1) الأسباب السياسية : لو أبيح هذا التصرف لقضى على مبدأ المساواة بين الورثة فلا تتفق مع نظرية الديموقراطية لذلك مُنع .

---

(1) القاعدة العامة التي قررتها المادة 109 من القانون المدني المصري ، والمادة 94 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية . والمادة 116 من التقنين الأردني ، والمادة 84 من التقنين الكويتي : « أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » . ومن جهة أخرى فإن معنى الملكية هو قيام الحق للمالك في استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه ، وهو ما قررته المواد 802 مصري ، 805 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة ، 1048 عراقي ، 1018 مدني أردني ، 810 كويتي ، 11 من مرشد الحيران ، 1192 من مجلة الأحكام العدلية ولذا يجوز لمن ملك شيئًا أن يتصرف فيه بالهبة وغيرها من التصرفات الناقلة للملكية .

(2) الأسباب الاقتصادية : لو أبيح هذا لقضى ببقاء أملاك العائلة في أيد محدودة لا تتعداها ، فلا تتفق ونظرية تنقل الثروة العامة من يد ليد .

(3) الأسباب القانونية : لو أبيح هذا لأمكن بيع العقار أو ترتيب حق عيني عليه مع أن المنتفع الأول لا يملك التصرف في هذه العين ، بل يجب عليه نقلها لشخص آخر عينه الواهب أو الموصي . وقد يمكن أن ينفق المنتفع الأول عن سَعَة فيصبح مدينًا اعتمادًا على ما تحت يده من الأملاك المجهول مصيرها . فإن مات خاب ظن دائنيه لأن الأملاك تُعطَى للمنتفع الثاني عند الوفاة خالية من كل دين أو حق عيني .

والهبة أوالوصية المنتقلة الممنوعة تعتمد ثلاث قواعد أساسية :

أولًا : هبة أوصية متكررة (عطاء متكرر) هذا الأصل يفترض متبرعين عملًا لملك واحد لشخصين مختلفين ، بمعنى أن ملكية هذه العين المتبرع بها هبة وإيصاء تعتمد بالتتابع على رأس الموهوب له الأول المكلف بنقلها إلى الثاني ، ثم على رأس الثاني المشترط انتقالها له .

ثانيًا : إلزام قانوني بحفظها وردها ، بمعنى أن المنتفع الأول يكون ملزمًا بعد الانتفاع بالعين الموهوبة أو الموصى بها أن يردها إلى المنتفع الثاني . ومجرد الرجاء أو النصيحة لنقلها إلى المنتفع الثاني لا يكفي ، بل يجب أن يوجد التزام قانوني بأي شكل كان .

ثالثًا : ترتيب الانتفاع بالتتابع بمعنى أن المنتفع الثاني لا يستحق أن ينتفع ولا يُنَقل إليه الانتفاع إلا بموت المنتفع الأول .

ولا تنطبق هذه الأصول على ما يأتي :

(1) ترتيب الانتفاع بالثمار : ليس بممنوع أن يهب الإنسان أو يوصي بملكية العين إلى شخص ثم بمنفعة تلك العين إلى شخص آخر ، أو جعل المنفعة إلى أشخاص بالتتابع والملكية لشخص آخر .

(2) الاتفاق على جواز تصرف المنتفع الأول في العين الموهوبة أو الموصى بها ، والاتفاق على نقلها للمنتفع الثاني متى بقيت في ملك الأول إلى موته .

(3) الاتفاق على أن يدير المنتفع الأول العين الموهوبة ليعطيها للمالك الحقيقي وهو المنتفع الثاني .

ومع كل فللمحاكم الحق في تخريج العطاءات والحكم في موضوعها إن كانت هبات مضاعفة ممنوعة أو جائزة .

حكم الاتفاق المخالف (الوصية أو الهبة المضاعفة) متى حصلت هبة أو وصية مضاعفة ممنوعة قانونًا اعتبرت ملغاة بالنسبة للمنتفع الأول والثاني . وهذا مخالف للمادة 900 من أن الشرط الممنوع في الهبة أو الوصية يلغى فقط وتبقى الهبة أو الوصية على حالها ، وهذا الإلغاء والبطلان إلغاء عام ، يجوز لكل من يهمه الأمر طلبه ، ولا ينقلب صحيحًا بأي وجه .

الاستثناء من المنع :

استثناء من العطاء المنتقل الممنوع أباح القانون أن يهب أو يوصي الأب والأم لصالح أولاد أولادهم ، أو أن يهب الأخ أو الأخت ، أو يوصي إلى أولاد أخته أو إخوته ؛ فيجوز للأب أن يهب أو يوصي بعقار إلى ولده بشرط أن ينتفع به مدة حياته ثم ينقله إلى أولاده من بعده ، أو إلى أخ كذلك مثلًا .

والكلام في هذا الفصل على ثلاث نقط :

أولًا : شروط صحة هذه الهبة المنتقلة :

(1) في الشكل : يصح أن تكون العطية في إشهاد هبة أو وصية .

(2) من له حق التصرف : الأب أو الأم أو الأخ أو الأخت فقط ، بشرط أن لا يكون له ولد وقت الوفاة ، فلا يقبل هذا التصرف من جد أو جدة .

(3) من له حق الانتفاع : متى كان الأب أو الأم هو المتصرف فالذي له حق الانتفاع أولًا الأولاد ثم أولادهم بعد وفاتهم ، وإذا كان الأخ أو الأخت هو المتصرف ، فالأخ أو الأخت هو المنتفع الأول ثم أولادهم بعدهم ، ويلاحظ أن الانتقال يكون من درجة واحدة بلا فارق في الانتفاع بين ذكر أو أنثى ، كبيرًا أو صغيرًا ، موجودًا وقت العطاء أو سيوجد .

ويجب ملاحظة أن الهبة أو الوصية المنتقلة لا تتعدى الحد المقرر قانونًا لجواز التصرف فيه بالهبة أو الوصية .

والسبب في مخالفة القانون بهذا الاستثناء هو السماح للأب أو للأخ بوقاية

الصغير من إسراف وتبذير مورثه ، بفرض عدم جواز تملك جزء ولو صغيرًا من أملاكه .

الاحتياطات المتخذة لحفظ مصالح المنتفعين :

الأشخاص الواجب حفظهم نوعان :

(1) الأشخاص الموهوب أو الموصى لهم الممكن لحوق الضرر بهم ممن لهم حق الانتفاع أولًا .

(2) الشخص الأجنبي (الثالث) أيًّا كان الذي يمكن أن يتعاقد مع المنتفع الأول على أنه مالك للعين الموهوبة المنتقلة فيلحقه الضرر بإلغاء كل حق يترتب على هذه العين عند انتقالها إلى المنتفع الثاني .

وقد اتخذ القانون عدة احتياطات تحفظية لوقاية النوع الأول :

(1) تعيين وصي على الموصى له أو الموهوب له ، لملاحظة هذه الهبات أو الوصايا . والذي يعينه نفس الموصي أو مجلس العائلة أو القاضي حسب قواعد الوصي . ويجب على المنتفع الأول تمكينه من مباشرة عمله ، وإلا كان عرضة للحرمان من الانتفاع ، وعمل الموصي ينحصر في مباشرة نقل الوصية أو الهبة إلى الشخص الثاني الموهوب له فقط بدون تدخل منه في الإدارة ، ولا يعين له مشرف ولا تضمن أملاكه الوصية أو الهبة برهن قانوني .

(2) عمل حصر للأشياء الموهوبة أو الموصى بها متى كانت جزءًا من التركة كربع 4/1 مثلًا ، أو كانت كل التركة بناء على طلب المنتفع الأول أو الوصي أو أي شخص يهمه ذلك .

(3) لا يبيع الموبيلية الموهوبة أو الموصى بها إلا إذا كان الواهب اشترط إعطاءها عينها واستغلال الثمن في عقار أو في سندات دين الحكومة يعمل ذلك في مدة ثلاثة أشهر أو ستة .

(4) احتياط لحفظ حق الشخص الثالث بتسجيل العقد المتضمن هبة أو وصية منتقلة : فرض القانون لحفظ حق الشخص الثالث تسجيل العقد المتضمن هبة أو وصية ، وهذا هو الموضع الذي يتحتم فيه تسجيل الوصية ، فإذا لم يراع هذا

التسجيل فكل تعاقد مع الأجنبي من المنتفع الأول يعتبر تعاقدًا صحيحًا واقعًا مع مالك العين الحقيقي .

نتائج الهبة أو الوصية المنتقلة :

الكلام في نتائج الهبة أو الوصية المتنقلة يكون في ثلاثة مواضع :

أولًا : قبل استحقاق المنتفع الثاني : للمنتفع الأول الانتفاع بكافة أوجه الانتفاع من بيع وهبة ورهن واستغلال بشرط ملغ ، بحيث إن الهبة أو الوصية متى استحقت بطلت جميع التصرفات من المنتفع الأول وكأنها لم تكن .

ويمكن الاعتراف للمنتفع الثاني بملكية العين الموهوبة أو الموصى بها بشرط معلق فله اتخاذ الطرق الاحتياطية لحفظ حقوقه .

ثانيًا : بعد استحقاق المنتفع الثاني : يستحق المنتفع الثاني الهبة أو الوصية وينتقل إليه حق الانتفاع بأحد ثلاثة أشياء :

(1) بموت المكلف بنقل الوصية أو الهبة إلى المنتفع الثاني بعد وفاته ، وهو الطريق الطبيعي لذلك .

(2) بتنازل المنتفع الأول مقدمًا عن الأعيان الموهوبة أو الموصى بها إلى المنتفع الثاني .

(3) بحرمان المنتفع الأول من الانتفاع عقابًا له عند عدم تعيين وصي ، ونوع العمل الذي يعمله المنتفع الأول على العين الموهوبة أو الموصى بها يسقط بمجرد الاستحقاق ، وكأنه لم يكن . ولا يعارض به الشخص الثالث وهي القاعدة العامة .

ويستثنى من ذلك الأعمال الإدارية والرهن القانوني لزوجة المنتفع الأول فلا ينقص . وللمنتفع الثاني مقاضاة الأول لاستلام الموصى به أو الموهوب ، وله مقاضاة الشخص الثالث لإبطال حقوقه المترتبة على الأعيان المذكورة .

بطلان الهبة أو الوصية المتنقلة من نفسها : تبطل الهبة أو الوصية من نفسها للأسباب الآتية :

(1) في حالة وفاة المنتفع الثاني قبل وفاة الأول أو قبل الاستحقاق .

(2) في حالة عدم أهلية المنتفع الثاني للتملك .

(3) في حالة تنازل المنتفع الثاني عن الهبة أو الوصية .

وينتج عن بطلان الهبة أو الوصية المنتقلة تأكيد ملكية المنتفع الأول فتصبح جميع تصرفاته صحيحة لازمة ، كأنه مالك ملكًا نهائيًا [1] .

بند [64] الهبة أو الوصية المنتقلة

التشريع الإسلامي : الهبة المنتقلة أو الوصية المنتقلة لا تكون إلا في المنفعة لا في الذات فيصح هبة بيت لزيد يسكن فيه مادام [2] حيًا ثم منفعته من بعده تكون لعمر ثم من بعده تكون لورثة الواهب أو لذريته ، وهي هبة صحيحة لازمة ، وكذلك تصح الوصية على هذا الوجه .

إن الوصية لوارث باطلة مطلقًا على هذا الوجه أو على أي وجه آخر ، والهبة صحيحة لوارث أو لغيره بشرط أن تتم بالقبول والحوز في صحة الواهب وسلامته وإلا دخلت في باب الوصية [3] .

وبما أن الوصية لوارث باطلة فلا يتأتى منعها للأسباب الاقتصادية ، وبما أن نصيب كل وارث محدد وهبة المالك جائزة قبل وفاته لأنه مالك وهو حر التصرف فلا منع للأسباب السياسية .

وأما المنع للأسباب القانونية في التشريع الوضعي فهذا عجب . وتعليل ذلك في نظره أنه غش وتغرير في المعاملة اعتمادًا على ما تحت يده وهو غير مالك . وبالرجوع إلى أحكام القانون الوضعي في ملكية الهبة نجده قضى بملكية الموهوب له من وقت الهبة ، ونجده أجاز الرجوع لأحد الزوجين في هبته لغير سبب ، وأجاز لنكران الجميل ولإهانة الواهب ، وهذه أسباب تطيح بالهبة من أصلها فضلًا عما ترتب عليها من حقوق للغير أو من معاملات ظاهرة بني الناس ثقتهم عليها مع الموهوب له ، وهذا من أخطر الأسباب على ضعف الثقة بين الناس فيما بين أيديهم

---

(1) انظر : البنود من 1048 إلى 1074 ، في الباب السادس ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدنى الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 233 – 239 .

(2) هبة بيت يسكنه الموهوب له عمره مع اشتراط انتقال منفعة البيت لفلان غير الواهب تختلف عن العمرى التي يشترط فيها الواهب المنفعة للموهوب له مدة حياته على أن تنتقل هذه المنفعة للواهب أو ورثته بعد وفاة الموهوب له . وجمهور العلماء على صحة الهبة بهذا الشرط مع فساده فيمتلك الموهوب له الشيء الموهوب ويكون من بعده لورثته هو . أما الصورة التي يذكرها المؤلف فهي مؤلفة من عارية ووصية بمنفعة ، فتصبح العارية بتحقق شروطها ، كما تصح الوصية إذا تحققت شروطها كذلك .

(3) يقول ابن رشد : أما الموصى له فإنهم اتفقوا على أن الوصية لا تجوز لوارث ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لاوصية لوارث » بداية المجتهد جـ 2 ص 334 الشرح الصغير جـ 4 ص 181 .

ويجعل الإنسان يفكر كثيرًا في أنه ربما يذنب الموهوب له مع الواهب فيسلبه هبته فتضيع معاملته معه هباء ، وربما يحلو للزوجة أو الزوج أن يسترد هبته لا لسبب ، فتكون أموال الناس عرضة للخطر والضياع . ثم يأتي هنا المشرع الوضعي ويعلل عدم جواز الهبة والوصية المنتقلة للأسباب التي ذكرها !! اللّه إنه لتخبط في تشريع أعرج لا مصلحة فيه للناس ، ومع ذلك يتكالب عليه دارسو الحقوق ، ويتركون ما أُنزل من حكيم حميد الذي خلق العالم وعرف مصالحهم فقنن لهم بما فيه صلاحهم . أنا لا أشك لحظة في قدرة اللّه العلي الأعلى ، وأن الناس سيرجعون إلى تشريعه شيئًا فشيئًا مهما بعدوا ومهما ستروا ما أخذهم من الدين الحنيف سترًا لضعفهم وادعاء أنه من مبتكرات عقولهم الخاوية ، فلم يبق الأوائل شيئًا للأواخر في التشريع الإسلامي ، ولكني أعترف بعجزي عن فهم بُعْد الناس عن التشريع الحق فسبحان علام الغيوب .

سيأتي وقت يكون كتابي هذا مرجعًا ومنتقدًا على مرّ الزمان وأكون في عالم الآخرة في العالم اللانهائي الذي لا يعود منه أحد أبدًا للدنيا مرة أخرى ، وسيلحق بي من ينقدني ، ولو كنت حيًّا لأجبته وحاججته ، ولكن حسبي اللّه وكفى ، وسلام على المصطفى صاحب الشريعة الغراء وعلى آله وصحبه وسلم .

والهبة أو الوصية بالمنفعة المنتقلة تكون في (العمرى) [1] وسبق الكلام فيها ، وتكون في الوصية بمنفعة بيت للسكنى أو عقار للاستغلال على طلبة العلم أو على فقراء قرية مثلًا ، فالمنفعة تكون لمن كان على قيد الحياة منهم أو من كان متصفًا بالصفة المشروطة في الهبة أو الوصية ، كطالب العلم أو إمام مسجد أو مقرئ القرآن وهكذا ، وكل هذه الهبات والوصايا صحيحة نافذة ، فإن كان الموهوب له معينًا قُضِي بها له عند امتناع الواهب عن التسليم ، وإن كان غير معين وجب التنفيذ ولكن لا يقضى بها وكذا الوصية . هذا إذا كانا على طبقتين بل على

---

(1) يقول الدردير عن العمرى هي : تمليك منفعة شيء مملوك عقارًا أو غيره إنسانًا أو غيره كفرس بعد حياة المعطي بغير عوض ، خرج بقوله تمليك منفعة تمليك الذات بعوض وبغيره : الشرح الصغير جـ 3 ص 348 ، وانظر : بداية المجتهد جـ 2 ص 331 . وقد جاء في المادة 866 من مجلة الأحكام الشرعية أن « العمرى صحيحة في العقار والحيوان وغيرها ، ويلغو ما تضمنته من التوقيت ، فتكون للموهوب له ومن بعده لورثته ، ولا تعود إلى الواهب ، ولا إلى ورثته » . وجاء كذلك في المادة 867 من مجلة الأحكام الشرعية أن : « الرقبى صحيحة في العقار وغيره ، ويلغو ما تضمنته من الشرط فتكون للموهوب له ، ثم لورثته ، ولا تعود إلى الواهب » . راجع كشاف القناع 307/4 .

طبقات حسب شرط الواهب أو الموصي ، والله سبحانه وتعالى أعلى وأعلم .

وهذه الهبة أو الوصية المتكررة المتنقلة تفرض التبرع لمتعدد فالموهوب له الأول ينقلها للموهوب له الثاني والموهوب له الثاني ينقلها للثالث وهكذا . وكل منتفع سابق يجب عليه المحافظة على العين المنتفع بها ونقلها إلى من يليه في الانتفاع ، فإن لم يفعل أجبر قضاء على ذلك ، فإن فرط أو أهمل أو تعدى وحصل تلف أو هلاك للموهوب فهو ضامن .

ومتى رتب الواهب أو الموصي انتفاع الموهوب لهم أو الموصى إليهم وجب مراعاة هذا الترتيب ، فلا ينتقل حق من منتفع إلى من بعده إلا بعد نهاية المدة المحددة لانتفاعه ، أو بعد وفاته متى كان محددًا بذلك .

ولا يمكن عقلًا ولا عادة تعدد المنتفعين بالتتابع مع ملكية العين المنتفع بها الموهوبة إلى المنتفعين حتى يقال إن هذه الهبة ممنوعة ؛ فمثلًا رجل وهب منزلًا لزيد ينتفع به مدة حياته مع تملكه له ، ثم بعد وفاته يكون لعمر ينتفع به مدة حياته مع ملكيته لهذا المنزل ، ثم بعد وفاته يكون لخالد ملكًا يتصرف فيه . فهذه الهبة متناقضة غير معقولة لأنه هبة منفعة مع تمليك ذات لأول الموهوب لهم ، ومعناه أنه يتصرف فيه كما يشاء ملكًا وتمليكًا ، ولكن معنى إعطائه لعمر بعد وفاته أنه لا حق له في التصرف فيه تمليكًا للغير أو في ترتيب حق للغير عليه ، وهكذا يقال في المنتفعين بعده . فالذي منعه القانون الوضعي غير معقول ولا متصور الوجود فترتيب الانتفاع بالثمار لشخص أو لأشخاص متتابعين وجعل ملكية العين المنتفع بها لشخص آخر غيرهم هو المعقول والمتصور وجائز شرعًا .

وأما الاتفاق على جواز تصرف المنتفع الأول في العين الموهوبة أو الموصى بها ، والاتفاق على نقلها إلى المنتفع الثاني متى بقيت في ملك الأول إلى موته فغير صحيح ؛ لأن مقتضى إباحة تصرفه فيها أنه يملكها ، ومقتضى الاتفاق على نقلها للمنتفع أنه على الخيار ، ومعنى هذا أن الشرط كالعدم ، وموكول لإرادة الموهوب له فلا يصح أن يكون إلزامًا ، ولا يقتضي حكمًا فهو كالعدم . والمفهوم والمعقول أنه متى كانت الهبة أو الوصية منتقلة أن المنتفع الأول لا يملك غير الانتفاع ، وكذا الثاني إذا كان أو الثالث .. إلخ كما أوضحناه سابقًا .

وكما تجوز هبة عين أو إيصاء بها لينتفع منها شخص مدة حياته ثم ينقلها إلى غيره من أولاد أو إخوة تجوز إلى أي شخص آخر بلا فرق بين أب وأم أو إخوة أو غيرهم .

والهبة أو الوصية المنتقلة تجري عليها أحكام الهبة والوصية العامة من كل وجه متى كانت الهبة منتقلة ؛ فيجب أن تتم حال حياة الواهب فلا يقام وصي ولا خلافه لتنفيذ الهبة ، فلو أهمل الموهوب له في نقل الهبة للمنتفع الثاني بعد نهاية مدة انتفاعه أو أهمل ورثته في تسليم الهبة للموهوب له الثاني جاز للمنتفع الثاني أو لورثة الواهب إلزامه ، أو إلزام ورثته قانونًا قضائيًا بنقل الهبة للمنتفع الثاني حسب شرط الواهب ، ويجبر الممتنع عن التنفيذ .

أما الوصية فهي لا تكون إلا بعد الوفاة ؛ فوصي التركة إن كان أو ورثة المتوفى الموصي أو الحاكم أو نائبه يتولون تنفيذ الوصية حسب شرط الموصي .

فإن كانت الوصية بجزء معين كالربع وجب حصرها لمعرفة قيمة الوصية وتسليمها للموصى له .

تنفيذ الوصية يرجع إلى طبيعتها ؛ فإن كانت بشيء معين سلم ذلك الشيء المعين للموصى له ، وإن كان بمثلي ولم يكن في التركة اشترى للموصى له وسطًا . وإن كان مبلغًا من المال ، وكان في التركة نقد سلم للموصى له قيمة الوصية . فإن لم يكن بها مال بيع منقولها لتنفيذ الوصية ، فإن لم يكن بها منقول بيع بعض العقار بشروط في جواز تصرف الوصي أو الحاكم في التركة فارجع إليه إن شئت .

ويحفظ حق الشخص الثالث متى كانت الهبة أو الوصية منتقلة بالإشهاد الرسمي أو العرفي في نفس عقد الهبة أو في نفس الوصية . وكل تصرف يقع من المنتفع الأول فهو تصرف في ملك الغير يجري عليه أحكام تصرف الفضولي ، بل يعتبر غاصبًا لأنه أمين على العين المنتفع بها يجب عليه إرجاعها للمنتفع الثاني متى فرغ حق انتفاعه وإلا اعتبر غاصبًا ، وتجري عليه أحكام الغاصب . وعدم تسجيل عقد الهبة أو الوصية لا يكون سببًا في صحة تصرفات المنتفع الأول فهو لم يخرج عن كونه تصرفًا فيما لا يملك بل في شيء كان تحت يده أمانة .

نتائج الهبة أو الوصية المنتقلة :

(1) قبل انتفاع المنتفع الثاني : للمنتفع الأول الانتفاع بالعين الموهوبة أو الموصى بها بما لا يخرج عن منفعتها فلا يجوز له بيعها ولا رهنها ولا هبتها لأنه ليس بمالك للعين ، وإنما يملك المنفعة فله التصرف في المنفعة بما يرى إلا إذا اشترط الواهب أو الموصي أن له الانتفاع لا المنفعة فيكون انتفاعه مقصورًا عليه فقط دون

غيره ، فلا يحق له هبة المنفعة ولا رهنها ولا إيجارها ، فإن كانت له المنفعة فتصرفه فيها مؤقت حسب شرط الموصي أو الواهب وحسب وقته في استيفاء المنفعة . وليس للمنتفع الثاني التعرض للمنتفع الأول ما دام وقت انتفاعه لم يأت ، فإن تعدى المنتفع الأول حدود الانتفاع فهو ضامن للتلف أو لنقص المنفعة .

(2) بعد استحقاق المنتفع الثاني : يستحق المنتفع الثاني منفعة الهبة أو الوصية إذا كان بعده ثالث ، فإن كان هو المستحق الأخير الذي يملك العين الموهوبة أو الموصى بها فقد ملك العين المذكورة بمجرد انتقال الحق إليه ، وذلك بموت المنتفع الذي قبله إذا كان انتفاعه مقيدًا بحياته أو بتنازله عن الانتفاع إلى من بعده .

وليس الحرمان من الانتفاع طريقًا طبيعيًا لنقل المنفعة لمن بعده إلا إذا خالف شرط الواهب أو الموصي كما سبق بيانه .

بطلان الوصية أو الهبة المنتقلة :

إذا مات المنتفع الثاني قبل وفاة الأول انتقل حق المنفعة لورثته مالم يشترط الواهب أو الموصي أن له حق الانتفاع لا المنفعة فلا يورث هذا الحق ، وإنما يعود لورثة الواهب أو الموصي . فإن كانت الهبة أو الوصية بنفس العين الموهوبة أو الموصى بها للمنتفع الثاني ملكًا بعد انتفاع الأول فهي لورثته ولا يستحقها المنتفع الأول ؛ لأن الواهب أو الموصي لم يجعلها له ملكًا بل جعلها له انتفاعًا وحق الانتفاع لا يقتضي الملكية . وورثة المنتفع الثاني أحق بالعين الموهوبة إذا مات مورثهم قبل الاستحقاق ، لأن الواهب والموصي أراد ذلك بأن جعل العين المذكورة له فهو المالك لها ، بشرط أن ينتفع الأول قبله ، فوفاة الثاني لا تبطل الحق متى تحقق الشرط .

وفي حالة عدم أهلية المنتفع الثاني للتملك كوارث في الوصية مثلًا تعود العين الموصى بها للتركة إلا إذا أجازها الورثة فتكون ابتداء عطية لا بد فيها من القبول .

فإن تنازل المنتفع الثاني عن الهبة أو عن الوصية عادت ملكًا للورثة ولا يملكها الأول ؛ لأن له حق الانتفاع فقط ولا يقتضي هذا ملك الرقبة الموهوبة أو الموصى بها .

ولا ينتج عن رجوع الهبة أو الوصية للورثة صحة تصرفات المنتفع الأول ؛ لأن تصرفاته صحيحة فيما يملك وهو حق المنفعة ، فإن تعداه فقد تصرف فيما لا يملك .

وقد جعل التشريع الوضعي ملكية العين الموهوبة والموصى بها للمنتفع الأول في حالة وفاة المنتفع الثاني أو في حال عدم أهليته ، أو في حال تنازله ، وهو افتيات على إرادة الواهب أو الموصي ، لأنه جعل له الانتفاع فقط مدة معينة ثم ينقل لغيره ولم يقل يملكها الأول في هذه الأحوال الثلاثة . لهذا يعود الملك لصاحبه أو لورثته من بعده إذا انعدم المنتفع الثاني في بعض الأحوال أو يستحقها ورثته إذا مات . ولا يصح أن يفرض القانون إرادته على الواهب أو الموصي ، وقد أوضح إرادته في أن المنتفع الأول ليس له إلا الانتفاع مدة محددة . لهذا كان هذا التشريع الوضعي غير مطابق للمعقول [1] .

بند [65] قسمة الأصول

القانون الفرنسي : وهو عمل به يقسم الأصل على أولاده أو ما تناسل منهم أملاكه حال حياته ، بحيث إنه إذا مات لا تكون التركة في حالة شيوع بين الورثة ، بل كل واحد يعرف نصيبه مفروزًا منقسمًا .

شروط الصحة : شكل عمل القسمة : يمكن الأصل الذي يريد قسمة أملاكه قسمتها في شكل وصية أو في شكل هبة ، وحينئذ يجب تطبيق قواعد الشكل الذي استعمله هبة أو وصية . والذي يملك عمل هذه القسمة هو الأصول فقط أب ، أم ، جد ، أجداد إلخ فلا يصح للحواشي عمل هذه القسمة . ويشترط فيمن يملك قسمة الأصول أن يكون حائزًا لشروط الوصية إن كانت وصية ، ولشروط الهبة إن كانت هبة . والقسمة تكون بين الأولاد الشرعيين والطبيعيين والمتبنين يعني كل من يكون وارثًا منهم عند وفاة الأصل .

ونسيان ولد بلا قسم أو وجود ولد للقاسم بعد القسمة وقبل الموت يبطل القسمة . فإن مات أحد الأولاد بعد القسمة انتقل نصيبه إلى ورثته إن كان له ورثة وإلا فلأقرب الورثة الطبيعيين كما لو لم يكن هناك قسمة .

ويجب أن يكون الأولاد المقسوم بينهم أهلًا للتملك في الوصية أو الهبة حسب شكل القسمة . والأملاك التي يصح قسمتها هي الأملاك الحاضرة في الهبة ،

---

(1) يقول الدردير : « وبطلت الهبة بمانع أي بحصوله قبل حوزها من واهبها وإن بغير إذنه وبين المانع بقوله من إحاطة دين بالواهب أو جنون أو مرض اتصلا بموته أو موت للواهب ، وإن مات الواهب قبل إيصالها . وإن استصحبها أو أرسلها له كموت المرسل إليه المعين إن لم يشهد أنها له وإلا فلا تبطل » الشرح الصغير جـ 3 ص 340 ، جـ 4 ص 181 وانظر : بداية المجتهد جـ 2 ص 331 ، ص 338 .

والحاضرة والمستقبلة في الوصية كما يجوز ترك بعض الأعيان للأصل بدون إدخالها في القسمة فتكون قسمة مكملة بعد الوفاة .

ويجب مراعاة المساواة بين الذكور والإناث في القسمة فيما لا يجوز له التصرف فيه . وأما في الجزء الزائد الذي أباح القانون له التصرف فيه كما يشاء فله أن يزيد أو ينقص في أقسام من يجب فيكون الإشهاد حينئذ مشتملاً على عملين : هبة أو وصية متساوية ، ثم عطاء زائد فيما له حق التصرف فيه .

الطبيعة القانونية والنتائج : قسمة الأصول عمل في طبيعته يحمل معنيين :

(1) عمل بلا مقابل بين الأحياء يتبعه ترك الأملاك المقسومة حالاً إلى الأولاد المقسوم عليهم بلا رجوع في ذلك .

(2) عمل قسمة نهائية بين المقسوم عليهم ينتج بينهم حالاً حقوق وواجبات كما تتحقق عقب القسمة العادية .

وينتج من طبيعة قسمة الأصول كأنها هبة ما يأتي حال حياة الأصول :

(1) إن الأولاد المقسوم عليهم يملكون عقب القسمة مباشرة ملكية العقار المقسوم بلا جواز الرجوع للأصول .

(2) إنه يجوز للأصول الرجوع في القسمة بسبب نكران الجميل أو عدم تنفيذ إرادة الأصول أو شروطهم .

(3) إن الفروع يمتلكون ما قسمه الأصول عليهم لا كورثة ، بل كموهوب لهم ، فلا يكونون ملزمين بدفع دين الأصول القاسم عليهم .

وينتج من طبيعة قسمة الأصول كأنها قسمة حال حياة الأصول ما يأتي :

(1) أنه يجوز لبعض الورثة الذين نُزعَت ملكيتهم التقاضي مع الآخرين ليكونوا ضامنين في ملكية ما نزع على حساب الجميع .

(2) أنه يمكن أن يجبروا لسداد ما يجب على بعض أعيان الأصول المقسمة إلى الآخرين المقسوم بينهم .

وينتج عن قسمة الأصول كأنها هبة بعد وفاة الأصول ما يأتي :

بعد وفاة الأصول يظهر المقسوم بينهم بمظهر الورثة لكن يحتفظون بصفة

الموهوب لهم وذلك :

(1) أنه يجوز لهم كورثة قبول الميراث بدون شرط أو قيد أو قبوله بشرط الحصر أو رفضه .

(2) أنه يجب عليه سداد دين المورث متى قبلوا بلا شرط ولا قيد .

ويمكنهم عمل ما يأتي بعنوان أنه موهوب لهم :

(1) يمكنهم الاحتفاظ بالقدر الموهوب لهم الذي كان للمورث حق التصرف فيه ولو مع قبولهم الميراث بشرط الحصر أو مع تنازلهم عن الميراث .

(2) في حالة قبول الميراث بشرط الحصر ليس لدائني المورث مقاضاتهم في الأملاك التي تحت أيديهم ؛ لأنها قد خرجت من أملاك المورث قبل وفاته .

الطبيعة القانونية لقسمة الأصول كوصية : يسود هنا عامل القسمة بين الفروع والأصول ، ولا يعتبر الأصل كأنه أحسن إلى فروعه ، بل يعتبر أنه عمل قسمة بينهم . فما دام الأصل موجودًا فالقسمة وصية بينهم بلا ثمرة ، وهي مشروع قسمة يمكن للأصل تعديلها وتصبح نهائية متى مات الأصل ، وبموت الأصل استحق كل وارث ما كتب له في القسمة وينتج ما يأتي :

(1) إن تلقِّي الفروع للأملاك المقسومة لكل واحد يعتبر ميراثًا لا وصية ، وهم وارثون لا موصى لهم .

(2) لا يمكن للورثة التنازل عن الميراث ليأخذوا أموال التركة كموصى لهم ، ولا يمكنهم رفض الوصية ليقبلوا استحقاق التركة بلا شرط ولا قيد ، فإما أن يقبلوا الميراث ويتحملوا القسمة التي عملها المورث قبل وفاته ويتحملوا نتائجها ، وإما أن يرفضوا الميراث بما له وما عليه .

أسباب إلغاء قسمة الأصول : تلغى قسمة الأصول متى فقدت شرطًا من شروط الشكل ، أو من شروط الهبة إن كانت هبة ، أو من شروط الوصية إن كانت وصية . وتلغى في الأحوال الخاصة الآتية :

(1) إذا تُرِكَ ولد من ورثة الأصل القاسم بدون نصيب بشرط أن يعيش الولد المتروك بعد الأصل القاسم وأن يقبل الميراث ، وحينئذ تعتبر القسمة كأنها لم تكن .

وليس بلازم طلب الحكم بإلغائها بل الوارث يطلب تسلم نصيبه من التركة كوارث لمدة ثلاثين سنة .

(2) إذا حصل غبن فاحش في أزيد من الربع ، ولا يدخل في تقويم الأعيان المقسومة إلا ما دخل في القسمة ، وتمكث دعوى البطلان عشر سنين في القسمة للهبة و 30 سنة في القسمة للوصية ، وتبدأ المدة من يوم وفاة المورث .

(3) إذا تجاوز الأصل القاسم الجزء الزائد قانونًا الذي له حق التصرف فيه ، فتطبق القوانين العامة .

نتائج الإلغاء : متى صدر حكم الإلغاء عاد الورثة إلى حالة عدم القسمة فتكون أنصبتهم على الشيوع ، ولا بد من عمل قسمة أخرى حسب القواعد العامة [1] .

بند [66] قسمة الأصول

التشريع الإسلامي : وهو أن يقسم المورث تركته وينفذ القسمة حال حياته أو يوصي بنفاذها بعد مماته [2] .

والذي يفعل ذلك أي مورث يترك ورثة بعد موته ، ونسيان ولد في قسمة التركة ونفاذها كهبة حال الحياة لا يبطل القسمة ، وكذلك وجود ولد للوارث بعدها لا

---

(1) انظر : البنود من 1075 إلى 1080 ، في الباب السابع ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 240 – 241 .

(2) أجازت المادة 908 مدني مصري ، والمادة 987 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 1117 مدني أردني صحة الوصية بقسمة أعيان التركة « على ورثة الموصي ، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه . فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية » . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 13 من قانون الوصية المصري . أما المادة 219 من قانون الأحوال الشخصية السوري فقد أجازت الوصية بقسمة أعيان التركة في حدود ما يوافق نصيبهم من الميراث ، ويأخذ ما زاد عن ذلك حكم الوصية للوارث التي تكون موقوفة على إذن سائر الورثة . وهو ما جاءت به المادة 225 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي ، ونصها : « أ – تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي ، بحيث يختص كل وارث أو بعض الورثة بجزء عينه له الموصي من التركة معادل لنصيبه الإرثي .
ب – إن زاد ما خصص لبعضهم عن حصته الإرثية كانت الزيادة وصية .
ومن الواضح أن القيود الواردة في قانون الأحوال الشخصية السوري والكويتي قد فطنت إلى ما قد يجره إطلاق تصحيح قسمة التركة بين الورثة من تحايل ومراوغة في الالتزام بأحكام الميراث الشرعية .

يبطلها . وأما نسيانه في قسمة التركة ونفاذها بعد الوفاة كوصية أو حدوث ولد بعد الوصية بذلك فمبطل لها لأنه حق للورثة جميعًا في إجازة الوصية بما زاد على الثلث .

ويشترط فيمن يقسم تركته حال حياته وينفذ القسمة حال الحياة أن يكون أهلًا للتبرع ، لأنها هبة فيجب أن يكون صحيحًا سليمًا غير محجور عليه . فكل من أعطاه من ماله شيئًا وحازه في صحته فإنه يختص به ويقاسم الورثة الباقين في تركة مورثهم ، وأما ما أعطاه لأحدهم في مرض موته أو باعه له بمحاباة فيه أو في صحته وحازه فيه (أي في مرضه) فوصية لوارث وهي باطلة . ويشترط فيمن يقسم تركته على أن تنفذ بعد وفاته ما يشترط في الموصي . وحكم التشريع الإسلامي في مثل هذه الحادثة إذا وقعت ما يأتي :

(1) للشخص الصحيح الأهل للتصرف التبرع بجميع أمواله . فإذا قسم الرجل أو أي مورث أمواله على أولاده أو ورثته أو أولاد أولاده مثلًا كلًّا أو بعضًا بطريق الهبة فذلك جائز نافذ متى جرت الهبة مجراها الشرعي [1] .

ويجب لصحة هذه القسمة الحوز من المقسوم عليهم قبل حصول المانع من وفاة أو عدم أهلية .. إلخ ، فإن قسم ولم ينفذ القسمة حتى مات بطلت الهبة ، وأصبحت تركته المقسومة ميراثًا لمن يستحقها .

(2) والقسمة بالوصية التي عملها المورث قبل حياته وأوصى بنفاذها بعد وفاته ليست ملزمة للورثة الذين لم يقبلوها حال الحياة أو بعد الوفاة ، فإن قال المتوفى : هذه تركتي اقتسموها بينكم بالسوية ومات ، فقسم الورثة التركة بينهم بالسوية : الذكر كالأنثى ، ووضع كل وارث يده على قِسْمه فلا يملك أحدهم نقضها لأن هذه وصية لبناته ببعض ماله وقسمة البنين إجازة منهم فنفذت ، وذلك متى كان الذكور من أهل التبرع رُشَّدًا بلا دين .

(3) ولزم الوارث البالغ الرشيد ما أجازه قبل وفاة الموصي فيما زاد على الثلث أو في وصية لوارث بشروط :

(1) أن تكون إجازة الوارث في مرض الموصي .

(2) إذا لم يشف الموصي من مرضه ومات فيه (فإن أجازها الوارث في صحته

---

(1) يقول ابن رشد : [إن الإجماع منعقد على أن للرجل أن يهب في صحته جميع ماله للأجانب دون أولاده ، فإذا كان ذلك للأجنبي فهو للولد أحرى] بداية المجتهد جـ 2 ص 328 والكافي لابن عبد البر ص 530 والشرح الصغير جـ 2 ص 339 .

أو في مرض شفي منه ، ثم مرض ومات لم يلزم الوارث ما أجازه) .

(3) أن لا يكون الوارث المجيز معذورًا فأجاز تحت تأثير خوف ككون الوارث في عيال الموصي ينفق عليه فأجاز خوف قطعها ، أو يكون تحت سلطان الموصي فخشي سطوته ، أو خشي مطالبته بدين ، أو جهل أن له الرد والإجازة بعد الوفاة ولكنه يحلف على جهله .

وإن أجاز الوارث في صحة الموصي فلا تلزمه الإجازة .

فقسمة المورث تركته حال حياته وصحته وقبول الورثة ذلك على أن تنفذ كوصية بعد الوفاة غير ملزم للورثة . فإن قبلوا الوصية ونفذوها بالفعل فليس لهم الرجوع فيها بعد ذلك . ولا تجب مراعاة المساواة بين الذكور والإناث لأن اللّه جعل للذكر مثل حظ الأنثيين لا في الهبة ولا في الوصية للذكر والإناث غير الوارثين ؛ لأن الوصية لوارث لا تجوز إلا إذا أجازها الورثة ، فيكون ابتداء هبة يجب فيها القبول والحوز ، والوصية يجب أن تكون في حدود الثلث وإلا كانت جائزة الإلغاء من كل وارث [1] .

الطبيعة القانونية للقسمة والنتائج :

القسمة بين الورثة إن كانت ناجزة حال الصحة والحياة ، ووضع كل واحد من المقسوم عليهم يده على نصيبه فهي هبة ، تنتج ملكية العين المقسومة الموهوبة بمجرد القبول والإيجاب من الطرفين ؛ فلا يجوز للقاسم الرجوع فيما قسمه إلا مسألة (الاعتصار) من الأب أو الأم لأولادهم وقد سبق بيانها ، وإلا إذا اشترط الرجوع متى شاء في عقد القسمة فله ذلك . وكذا عند عدم تنفيذ شروط الهبة . ولا رجوع عند نكران الجميل .

وهذه الملكية ملكية هبة لموهوب لهم لا كوارثين [2] .

---

(1) يقول الدردير : [وإن أجيز ما أوصى به للوارث أو الزائد على الثلث أي أجازه الورثة فعطية منهم أي ابتداء عطية لا تنفيذا لوصية الموصي] الشرح الصغير جـ 4 ص 183 بداية المجتهد جـ 2 ص 338 .

(2) نصت المادة 537 من التقنين الكويتي على أنه : « لا يجوز للواهب الرجوع في هبته ، إلا الأبوين فيما وهباه لولدهما » . وهو مذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة كما تقدم . وقد جاء في المادة 931 من مجلة الأحكام الشرعية أنه : « لا يصح الرجوع في الهبة بعد لزومها بالقبض إلا في المسألتين الآتيتين » وهما ما جاء في المادتين 932 ، 933 من مجلة الأحكام الشرعية . ونص المادة 932 أن : « للزوجة الرجوع في هبتها لزوجها بسؤاله إذا ضرها بطلاق أو تزوج عليها ، ونحو ذلك ، سواء كان الموهوب صداقا أو غيره . أما إذا كانت الهبة بغير سؤاله فلا رجوع لها مطلقًا » . وجاء في المادة 933 أن « للأب الرجوع في عين هبته لولده ، ما لم يوجد شيء من الموانع الآتي ذكرها » ، مما أجملته المواد 934 – 939 من مجلة الأحكام الشرعية .

وإن كانت القسمة بين الورثة نفذت بعد وفاة القاسم فهي تركة متى قبلوها طائعين بلا جبر عليهم ، فتجري عليهم أحكام الضمان بين الورثة فيما إذا استحق أحد أعيان التركة المقسومة .

وأما سداد الديون التي على التركة فهي مقدمة على قسمة التركة على الورثة . فسداد الديون على الجميع في حدود التركة [1] .

ولا علاقة بين قبول الميراث وعدم قبوله ، وقسمة الأصول كهبة لأن الهبة تتم حال حياة المورث ، وبعد الوفاة يكون ما بقي تركة تجري عليه أحكامها السابقة . والموهوب له الذي حاز الهبة حال حياة الواهب لا يلزمه سداد دين الواهب إلا لشرط عليه من الواهب .

وقد سبق أن القبول للميراث مع شرط الحصر كالقبول بلا قيد ولا شرط ؛ فلا يلزم الوارث بدين زائد عن نصيبه في التركة فالغنم مقدر بالغرم أو العكس ؛ لأن القانون يفرض هذا فلا يُمَثِّلُ الميت ، بل بموته انقطعت علاقته مع الأحياء ومنهم الورثة . فإن تبرع الورثة في السداد فذلك لهم كأي شخص آخر .

فلدائني المورث مقاضاة الورثة بقدر ما أصابهم من التركة فقط فإن لم تف التركة بالدين فلا يُلْزَم الوارث الذي قبل الميراث بلا شرط بأي شيء .

ما دامت القسمة كوصية حال حياة المورث فهي مشروع يصح له أن يرجع عنه ؛ فلو مات أصبحت القسمة وصية يصح للورثة قبولها ويصح لهم عدم قبولها كما سبق بيانه في هذا الفصل . فإن قبلوها ونفذوها فلا حق لهم في الرجوع فيها ، ويعتبر الورثة على كل حال ورثة .

إلغاء قسمة الأصول ، تلغى القسمة إذا فقدت شرطًا من شروط الهبة إن كانت هبة أو من شروط الوصية إن كانت وصية وخصوصًا في :

(1) إذا ترك وارثًا في القسمة باعتبارها وصية لأنه يشترط رضاء كل وارث

---

(1) جاءت المادة 891 من القانون المدني المصري فيما سبقت الإشارة إليه من بدء المصفي بتقسيم ما يبقى من التركة بعد نفقات التجهيز والتكفين وأداء الديون الواجبة الوفاء .

وهو ما تناولته المادة 1102 من التقنين الأردني . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 395 .

عن الجزء الزائد عن الثلث ، فإن كانت لوارث فلا تصح إلا بإجازة الجميع ، ولا يشترط أن يقبل الميراث لأن حقه ثابت كوارث مقدر نصيبه بين الورثة أخذه أو تركه ، فالوارث المتروك يطلب نصيبه فيجاب للطلب متى خلا من موانع الإرث .

(2) إذا حصل غبن في القسمة بعد الوفاة وقبلها الورثة فتجري عليها أحكام القسمة العامة . فارجع إليه إن شئت .

ومتى تجاوز الأصلُ القاسمُ الجزءَ الزائدَ عن الثلث وقبلها الورثة فلا رجوع لهم ، ويعتبر هذا إجازة للقسمة .

نتائج الإلغاء :

متى ألغيت القسمة لعدم قبولها من الورثة أو لوقوعها باطلة لعدم أهلية المورث مثلًا عادت التركة كما كانت وكأنها لم تقسم فتقسم من جديد .

بند [67] الوقف الخيري

القانون الفرنسي : هو رصد شيء محدود من رأس المال على سبيل الدوام لعمل خيري عام أو خاص وأغراضه هي :

(1) عمل خاص كعمل (صدقة) لراحة روح المتوفى أو إيجاد كرسي في كنيسة للمتوفى ولعائلته فهو ثمن خدمة يعود نفعه على الشخص نفسه .

(2) عمل لغرض عام كإنشاء مستشفى أو ملجأ للعجزة أو مدرسة .

والوقف الخيري إما أن يكون بطريق الإنشاء مباشرة من الواقف نفسه ، وإما بطريق وساطة شخصية أدبية موجودة بالفعل . ففي حالة توسط شخص معنوي في تنفيذ العمل الخيري كتوسيط الحكومة أو المديرية أو المركز في عمل خيري يكفي أن يكون القانون مجيزًا للشخصية المعنوية المذكورة قبول العمل المذكور .

ويجب مراعاة الاختصاص مثلًا إعطاء مستشفى مبلغًا من المال أو عقارًا لإنشاء سرير يداوى فيه مرض كذا ، أو إعطاء جامعة مثلًا مبلغًا أو عقارًا لإنشاء كرسي لمدرس علم كذا .

فإن خالف ذلك بأن أعطى جامعة مثلًا مبلغًا لإيجاد سرير في مستشفى لمرض خاص ، فإن أجازته الإدارة الخاصة بذلك تم الغرض ووُجد الوقف الخيري ، وإن لم

تجزه الإدارة المختصة بطل الوقف ولا نتيجة له .

ولورثة الواقف مقاضاة الشخص المعنوي عند إهماله تحقيق إرادة المتوفى ، ولهم إلغاء الوقف وطلب تعويض عند ذلك .

وقف خيري بطريق الإنشاء المباشر من الواقف نفسه : متى أراد الواقف إيجاد عمل خيري فعليه إيجاد المؤسسة من ماله الخاص وإرادتها حتى تنتج ما عملت له ، ثم طلب إعطائها الشخصية المعنوية من الجهة الإدارية ، ثم الهبة لها بما يمكن أن تعيش به مستقبلًا ، فيكون لهذا الشخص المعنوي حق قبول الهبة [1] .

بند [68] الوقف الخيري

التشريع الإسلامي : الوقف من حيث هو إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازمًا في ملك معطيه ولو تقديرًا ، ويكون على شخص موجود أو سيوجد آدميًّا أو جمادًا عاقلًا أو غير عاقل غنيًّا أو فقيرًا [2] .

وأغراضه إيصال النفع للموقوف عليه ولو على نفسه هو بعد مماته أو في عمل عام كمستشفى أو خاص كزيد من الناس .

والذي يصح وقفه كل مملوك للواقف فيشمل الذات والمنفعة ولو حيوانًا ورقيقًا [3] .

وفي وقف ما له مثلٌ كالقمح والنقود خلاف . والراجح الجواز لرد البدل فيستمر بقاؤه للانتفاع به .

ويصح وقف منفعة العين المملوكة للواقف دون العين نفسها مادام له حق المنفعة ، ولا يصح وقف مالك الانتفاع ؛ لأن ذات مالك الانتفاع أو صفاته مقصودة كإمام

---

(1) انظر : بند 937 ، في الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 208 .

(2) يقول الدردير : [الوقف هو جعل منفعة مملوك ولو بأجرة أو جعل غلته لمستحق بصيغة دالة عليه كحبست ووقفت مدة مايراه المحبس] . الشرح الصغير جـ 3 ص 336 الكافى لابن عبد البر ص 536 . وفي التعريف ما يدل على مذهب المالكية في جواز توقيت الوقف ، واتساعه عندهم ليشمل الأعيان والمنافع .

يقول ابن عبد البر : وكل من حبس حبسًا على أجنبي أو غير أجنبي فلم يُقْبضَ منه ولم يخرج منه عن يده حتى مات فهو باطل ويرثه عنه ورثته . الكافي لابن عبد البر ص 539 الشرح الصغير جـ 3 ص 336 إرشاد السالك ص 107 ، 108 .

(3) الشيء المملوك يصح وقفه ، ويلزم ، والمراد بالمملوك ما تملك ذاته ، وإن لم يجز بيعه ، ولو حيوانًا ، ورقيقًا . الخرشي (79/7 ، 80) .

وخطيب ومدرس وقف عليه بالوصف المذكور .

وصح وقف المشاع [1] إن كان مما يقبل القسمة ويجبر الواقف عليها إن أراد الشريك ، ووقف ما لا يقبل القسمة فيه قولان مرجحان ، وعلى القول بالصحة يجبر الواقف على البيع إن أراده الشريك ويجعل الثمن في مثله .

ولا يشترط في صحة الوقف ولا في لزومه حكم حاكم ، ووقف ملك الغير وهبته وصدقته وعتقه باطل ولو أجازه المالك .

ويشترط في الموقوف عليه أن يكون أهلًا للتملك حكمًا كالمسجد ، أو حسًّا كالآدمي [2] ، موجودًا أو سيوجد فقيرًا أو غنيًّا .

فإن كان الموقوف عليه أهلًا للرد والقبول فإنه يشترط في صحة الوقف عليه قبوله . فإن لم يكن أهلًا للقبول والرد كالمجنون والصغير قبل عنه وليه . فإن كان الوقف على غير معينين كالفقراء والمسجد مثلًا فلا يشترط قبولهم .

حيازة الموقوف : تجب الحيازة في الموقوف أصالة إن كان الموقوف له غلة ؛ فمن وقف كتبًا للمذاكرة أو خيلًا للغزو أو سلاحًا للقتال مثلًا من كل موقوف لا غلة له فلم ينفذوه ولم يخرج الموقوف من يده حتى مات فالوقف باطل والموقوف ميراث . وإن كان يخرجه في وجهه ويرجع إليه فهو نافذ من رأس ماله لأنه خرج في وجهه ، وإن أخرج بعضه فما أخرج فهو نافذ وما لم يخرج فهو ميراث [3] (هكذا في مدونة الإمام) .

وأما ما له غلة فقال مالك : ما حُبس (وُقِفَ) في صحته أو تصدق به على المساكين

---

(1) جاءت المادة الخامسة من قانون الوقف المصري الصادر عام 1946 بتصحيح وقف الحصة الشائعة في عقار غير قابل للقسمة شريطة كون باقي العقار موقوفًا واتحدت الجهة الموقوف عليها ، أو إذا كانت الحصة مخصصة لمنفعة عين موقوفة ، ولكن أجازت المادة المذكورة وقف أسهم الشركات المستغلة استغلالًا جائزًا شرعًا ، رغم أنها حصص شائعة . وهو ما جاء في المادة السابقة من مشروع قانون الوقف الكويتي لعام 1984 أما وقف الحصة الشائعة فيما يقبل القسمة فلا يمنع منه ، ولكن يجب إفرازه وتمييزه حتى يمكن الانتفاع به . وأساس القول بجواز وقف الحصة الشائعة مطلقًا هو مذهب جمهور الفقهاء خلافًا للأحناف .

(2) يشترط أن يكون الموقوف عليه أهلًا للتملك حكمًا كالمسجد أو حسًّا كالآدمي . الخرشي على مختصر خليل (7/80) .

(3) حيازة الموقوف شرط في المذهب المالكي لنفاذ الوقف خلافًا لما ذهب إليه الأحناف والشافعية والحنابلة وهو ما أخذ به مشروع قانون الوقف الكويتي . ويبدو عدم اشتراط ذلك في قانون الوقف المصري الصادر عام 1946 ، لاكتفاء المواد المتعلقة بإنشاء الوقف وشروطه (المواد : 1 – 5) بالإشارة إلى الإشهاد الرسمي عليه .

من بستان أو دار أو شيء له غلة فكان يكريه ، ويفرق غلته كل عام على المساكين ولم يخرجه من يده قبل موته أو يوصي بإنفاذه في مرضه لغير وارث فينفذ في ثلثه .

إنشاء الوقف : يجوز أن يكون الوقف وشروط صرفه وتحديد مراميه من عمل الواقف ؛ كوقف خمسة أفدنة محددة معلومة على مسجد يصرف من ريعها على فرشه وتعميره كذا من الريع ويعطى للإمام كذا والمؤذن والفراش كذا .

ويجوز أن يقول : وقفت عشرة أفدنة للفقراء والمساكين وجعلت التصرف في ريعها للمأمور أو للمدير أو لأهل المحلة مثلًا .

وسواء أكان الموكول إليه التصرف في الموقوف مختصًا بنوع الموقوف عليه أم لا فإن الوقف صحيح ولا يبطله عدم اختصاص الموكول إليه إنشاؤه ، فإن قام الموكول إليه التصرف في الوقف بشروط الواقف كان بها وإن لم يقبل أو قبل ولم ينفذ عيَّن الحاكم ناظرًا على هذا الوقف لتنفيذ إرادة الوقف إن كانت جائزة شرعًا .

وقت الوقف : صح تأجيل وقت الوقف كداري وقف بعد شهر ، فإن تداين في هذه المدة بطل الوقف إذا لم يُحز عن الواقف في هذا الأجل . فإن حيز عنه أو كانت منفعته لغير الواقف في ذلك الأجل فإنه لا يضر حدوث الدين ، وصح الوقف منجزًا .

فالحيازة للشيء الموقوف شرط في صحة الوقف قبل حدوث فلس وموت وفقد ومرض مميت وجنون وإلا بطل الوقف [1] .

وصح الوقف مؤبدًا مدى الدهر ومؤقتًا بزمن معين . والملك للواقف والغلة والثمرة للموقوف عليه فللواقف ولورثته منع من يريد التعدي عليه أو تغيير معالمه .

وبمجرد الوقف والحيازة للمعين الموقوف عليه وُجدَت شخصية الوقف المعنوية فهو يقاضِي للمحافظة على كيانه وحقوقه ويقاضَى للوفاء بالتزاماته للغير ، ويمثله الواقف أو ورثته أو الناظر عليه المقام من الحاكم .

مبطلات الوقف : يبطل الوقف على معصية [2] أو على كنيسة فيصير مالًا من

---

(1) هذا هو مذهب المالكية كما تقدمت الإشارة إليه .

(2) الوقف على المعصية باطل كمن وقف على شربة الخمر ، وأكلة الحشيش وما أشبه ذلك وكما لو حبس مسلم على كنيسة وانظر مبطلات الوقف في الخرشي (81/7 – 85) ، وكذلك حاشية ابن عابدين 394/3 وحاشية الدسوقي 78/4 والمغني لابن قدامة 588/5 وكشاف القناع 373/4 .

أموال الواقف لورثته فلا يرجع مراجع الأحباس لأقرب فقراء عصبة المُحبِّسِ (الواقف) . ويبطل الوقف على حربي . ويبطل الوقف على بنيه دون بناته لا العكس (وفي هذا سبعة أقوال فارجع إليها إن شئت في باب الوقف) . ويبطل إن شرط أن من تزوجت من بناته خرجت من الوقف . ويبطل إن عادت العين الموقوفة ليد الواقف قبل مضي سنة ، كسكناه في بيت وقفه قبل مضي سنة (هذا في الموقوف ذي الغلة) ، فإن كان لا غلة فيه فلا يبطل وقفه . وبطل الوقف من مدين أحاط الدين به ، وبطل لو جهل سبق الدين على الوقف على محجوره . وبطل لو وقف على نفسه مدة حياته لأنه حجر على نفسه في تصرفه بلا مبرر . وبطل إن شرط أن النظر له على العين الموقوفة ، لأنه لازال تحت يده ، وشرط صحته الحوز أو الإخراج فيما وقف لأجله . وبطل إن لم يحز شخص كبير وقف عليه ، ولو سفيهًا أو لم يحز ولي السفيه قبل موت الواقف أو فلسه أو مرضه الذي مات فيه . وبطل الوقف على الورثة في مرض الموت لأنه كوصية وهي لا تجوز لوارث [1] .

تعذر صرف ريع الوقف : المشهور أن الوقف المؤبد إذا انقطعت الجهة التي حُبس عليها وشرط صرفه لها وتعذر ذلك يرجع وقفًا لأقرب فقير من عصبة الواقف يستوي فيه الذكر والأنثى ولو شرط الواقف التفضيل في المصرف ينتفعون منه بالمنفعة فقط ، هذا إذا كان الوقف على جهة معينة ، فإن كان على مسجد أو فقراء صرف في مثله ولا يرجع لقرابته ، فإن وقف على عشرة حياتَهُمْ فمن مات عاد نصيبه لمن بقي منهم ثم بعد انقراضهم يكون ملكًا موروثًا لورثة الواقف دون ورثة الموقوف عليهم .

ويباع ما لا ينتفع به من غير عقار في مثله أو بعضه . ولا يباع العقار ولو قرب إلا لضرورة أو مصلحة أو لتوسيع مسجد ولو جبرًا ، ويجعل ثمنه في غيره ، ومن هدم وقفًا فعليه إعادته .

---

(1) يقول المواق : [وبطل الوقف على معصية . يقول الباجي لو حبس مسلم على كنيسة فالأظهر عندي رده لأنه معصية كما لو صرفها إلى أهل الفسق] . التاج والإكليل جـ 6 ص 23 ، 24 ، وإرشاد السالك ص 107 ، 108 والكافي لابن عبد البر ص 536 .

بند [69] خاتمة

الغيبة

القانون الفرنسي :

نظرة عامة : الغيبة هي حالة شخص انقطع عن الظهور في محل إقامته أو محل عمله ولا يُعلم عن أخباره شيء بحيث لا يمكن القول بموته أو بحياته بمعنى أن وجود الشخص مشكوك فيه .

وسبب اهتمام المشرع بأحكام الغيبة أن للشخص حقوقًا وعليه واجبات ، حيًّا وميتًا ، فله دائنون وله ديون ، وله ورثة وموصى لهم ، وأولاد وزوجة . كل هؤلاء محتاجون لإثبات الغيبة لتترتب عليها أحكامها ، لهذا اهتم المشرع بوضع أحكامها .

أهمية هذا التشريع نقصت الآن نظرًا لسهولة الوصول إلى أخبار الغائب برًّا وبحرًا وأن الانتقال من بلد لقطر آخر أصبح مقيدًا ، ولذا صارت أحكام الغيبة تطبَّق في حالة الحرب أو الغرق أو الحريق أو طغيان البحر .. إلخ .

ملخص أدوار الغيبة :

تمر الغيبة في ثلاثة أدوار :

أولًا : فرض الغيبة .

ثانيًا : وضع اليد مؤقتًا .

ثالثًا : وضع اليد النهائي .

أولًا : فرض الغيبة يبتدئ من يوم اختفاء الغائب أو من آخر أخبار عنه ، ولا يمكن أن تدوم هذه الحالة أقل من خمس سنوات إذا لم يترك له وكيلًا عامًّا ، أو إحدى عشرة سنة إذا ترك له وكيلًا ، وفي هذه المدة يفترض القانون حياته مرجحة عن وفاته ، ولذا يهتم بمنافعه وبمصلحته قبل كل شيء ، فتتخذ المحاكم طرقًا تحفظية فقط مستعجلة .

ثانيًا : إعلان الغيبة ووضع اليد المؤقت على أملاك الغائب ، بعد مضي خمس سنين أو إحدى عشرة سنة على اختفاء الغائب أو انقطاع أخباره يميل المشرع إلى الاعتقاد بالوفاة . ولذا ينظر إلى مصلحة الأشخاص الحاضرين الذين لهم مصلحة فينتقل إلى نظام آخر فيتقدم أصحاب المنفعة إلى القاضي بطلب إعلان الغيبة ووضع

اليد فيصدر القاضي حكمًا بإعلان الغيبة ، وتسليم أملاك الغائب إلى الورثة أو الموصى لهم أو الموهوب لهم ، وتُفتح وصيته فتكون التركة تحت يدهم كأمانة ، ليس لهم حق البيع والهبة والوصية . فقط لهم الإدارة ، وهم ليسوا ملاكًا لتركة الغائب في هذه الحالة . وتزول هذه الحال في حالتين :

أولًا : متى عاد الغائب فتسلم له جميع أملاكه وكذا إيرادها إلى 5/4 أو 10/9 حسب المدة التي غابها .

ثانيًا : متى ثبت بالدليل أن الغائب توفي فتصفَّى تركته ويعطَى كل ذي حق حقه .

ثالثًا : وضع اليد نهائيًا على التركة واستلامها ، متى مضى ثلاثون سنة من تاريخ إعلان الغيبة أو مائة [1] سنة من تاريخ ميلاد الغائب انتقلت الغيبة إلى الحالة الثالثة ، وهي تملُّك التركة نهائيًا . فالضمان الذي يجب تقديمه عند وضع اليد مؤقتًا ينقطع ، ويصح التصرف على أي وجه كان من واضعي اليد بصفة نهائية . ولكن حتى في هذه الحالة لو ظهر الغائب فله أخذ أملاكه على حالتها التي هي عليها مع احترامه لجميع تصرفات واضع اليد النهائي من بيع ورهن وبدل .. إلخ . وليس له طلب أي ريع من أملاكه .

النتائج العامة للغيبة فيما يختص بأملاك الغائب :

أولًا : افتراض الغيبة : يبتدي هذا الدور من يوم الغيبة أو انقطاع أخبار الغائب ، ويجب في هذه الحالة اتخاذ الاحتياطات التحفظية من تعيين قيِّم يحافظ على أموال الغائب ويديرها ، فإن استحق الغائب ميراثًا عينت المحكمة عنه مسجلًا للعقود ينوب عنه في الحصر والتصفية لهذا الميراث .

وإذا ترك الغائب عنه نائبًا عامًّا في جميع أعماله فلا دخل للمحكمة مطلقًا ، إلا إذا مات الوكيل أو أصبح غير أهل لإدارة أموال موكله .

والذي له الحق في طلب اتخاذ إجراءات لأموال المفروض غيبته هم من لهم حق حاضر في أموال الغائب كشريك أو زوجة أو دائن ، ومن لهم مستقبل وهم الورثة والموصى لهم والموهوب لهم .

---

(1) يقترب هذا التحديد من بعض التحديدات التي أخذ بها علماء المذهب الحنفي في بعض أحوال المفقود .

وكذلك على النائب العام طلب اتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال الغائب .

والمحكمة المختصة هي محكمة آخر محل إقامة للغائب ، فإن تعدد محل وجود عقار للغائب تولت محكمة محل الإقامة تكليف تلك المحاكم الأخرى اتخاذ الاحتياطات .

وينتهي افتراض الغيبة (الحالة الأولى) بأحد ثلاثة أشياء :

(1) برجوع الغائب .

(2) بوصول أخبار وفاة الغائب .

(3) بإعلان الغيبة .

ثانيًا : إعلان الغيبة : وهو حكم تصدره المحكمة يتضمن إعلان أن الشخص الفلاني غائب .

والأجل الذي يصح بعده إعلان الغيبة قانونًا يختلف :

(1) فإن لم يترك الغائب وكيلًا عامًّا عنه يدير أملاكه صح إعلان الغيبة بعد أربع سنين من غيبته أو من انقطاع آخر أخباره .

(2) فإن ترك الغائب وكيلًا عامًّا عنه يدير شئونه صح إعلان الغيبة بعد عشر سنين من غيبته .

والذي له حق طلب إعلان الغيبة كل من يهمه الأمر وله منفعة أو مصلحة في ذلك ، وليس للنائب العام طلب ذلك .

ويقدم طلب إعلان الغيبة للمحكمة التى تصدر حكمها بالبحث والتحري عن الغائب ، والخصم فيها النائب العام . وبعد مضي سنة ولم تصل أخبار الغائب تعلن المحكمة غيبته بحكم فيكون إعلان الغيبة بعد خمس سنوات ، وكذا بعد إحدى عشرة سنة في حالة وجود وكيل وعدم وجوده ، وبعد إعلان الغيبة ينتقل إلى الحالة الثالثة .

ثالثًا : وضع اليد المؤقت : استحقاق الميراث مؤقتًا ، متى أُعلنت غيبة الشخص فُتحت تركته وصارت مستحقَّة لورثته وفتحت وصيته ، ويعود استحقاق التركة لورثته من يوم غيبته ومن يوم انقطاع أخباره .

والذي له الحق في طلب وضع اليد مؤقتًا هو كل شخص له حق متعلق بوفاة

الغائب كالورثة ، والموصى لهم ، والموهوب لهم أملاكًا مستقبلة .

أما المسموح لهم بوضع اليد على التركة مؤقتًا فلا يملكون أعيان التركة نهائيًا ، إنما هم مديرون لها فقط ، بحيث لو ظهر الغائب فعليهم إرجاعها إليه مع إيرادها حسب البيان الآتي :

يكون لهم عمل الإدارة والأعمال التحفظية وإيجار العقار ودفع ديون الغائب والدفاع عنه في التقاضي . ولأجل مكافأة واضعي اليد منح القانون لهم جزءًا من الإيراد كما يأتي :

1 - إن ظهر الغائب قبل 15 سنة فله الخمس من الإيراد ، ولواضعي اليد أربعة الأخماس ، وإن ظهر بعد 15 سنة وقبل 30 سنة فله العشر ولواضعي اليد تسعة الأعشار .

2 - وإن ظهر بعد 30 سنة من غيبته أو بعد 100 سنة من تاريخ ميلاده فلا شيء له من الربح .

ولأجل ضمان إرجاع إيراد أملاك الغائب إليه إذا حضر فرض القانون :

(1) تقديم كفيل .

(2) عمل حصر لأملاك الغائب .

(3) بيع المنقولات والأسهم التي تأمر المحكمة ببيعها .

(4) استخدام رؤوس الأموال والإيراد للاستغلال .

وينتهي وضع اليد المؤقت بثلاثة أشياء :

(1) بتحقيق وفاة الغائب .

(2) برجوع الغائب أو بوصول أخباره . ومن هذه اللحظة ينقطع ملك واضعي اليد للإيراد ، ويبقى للغائب ، وعليهم تسليم أملاكه إليه .

(3) أو بطلب وضع اليد النهائي .

رابعًا : **طلب وضع اليد نهائيًا** : طلب وضع اليد نهائيًا يكون في حالتين :

(1) إذا مضى ثلاثون سنة من تاريخ وضع اليد مؤقتًا ولم تصل أخبار عن الغائب .

(2) إذا مضى مائة سنة من تاريخ ميلاد الغائب .

ويجب صدور قرار من المحكمة المختصة بذلك بناء على طلب واضعي اليد مؤقتًا ، وهم الذين لهم حقوق متعلقة بوفاة الغائب .

وطبيعة وضع اليد النهائي هي وضع ملكية قِبَلَ أيٍّ شخص ولو نفس الغائب . غير أن الغائب متى حضر بعد وضع اليد النهائي فله استرجاع ملكيته مع احترام تصرفات واضع اليد النهائي كأنه مالك حقيقي . وينتج عن ذلك :

1 - أن واضع اليد النهائي له حق التصرف المطلق في أملاك الغائب من بيع وهبة ورهن وترتيب حق عيني بل وهدم .. إلخ .

2 - أنه غير ملزم بأي تعويض مهما كانت مسئوليته في تلك الأملاك .

3 - أن ضمان الرد المنصوص عليه قانونًا في الحالة الثانية من الغيبة يُلغى وذمة الضامن تبرأ من الضمان .

ونتج عن أن حق واضع اليد النهائي يمكن إلغاؤه بظهور الغائب لكن مع عدم الرجوع إلى الماضي ما يأتي :

1 - أن واضع اليد النهائي يجب عليه إرجاع أملاك الغائب إليه متى ظهر ، لكن على حالتها التي هي عليها وقت ظهوره بدون تعويض للغائب ، حتى عن الحقوق العينية التي رتبها وضع اليد النهائي .

2 - الأعيان المبيعة من أملاك الغائب يصح له استردادها إذا دفع قيمتها المبيعة بها المشتري .

3 - الأعيان الموهوبة من أملاك الغائب لا يصح له استردادها لا من الواهب ولا من الموهوب إليه .

وتنقطع الغيبة بأحد أمرين : إما بظهور الغائب ، وإما بإثبات وفاته رسميًا [1] .

---

(1) انظر : البنود من 112 إلى 119 ، في البابين الأول والثاني ، من الكتاب الرابع ، من المقالة الأولى ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 30 - 32 .

بند [70] الغيبة

التشريع الإسلامي : الغيبة صفة شخص غاب فانقطع أثره ولا يعلم له خبر ويمكن الكشف عن وجوده ، أو لا يمكن الكشف عن وجوده كأسير ومفقود في بلاد الأعداء .

إن إثبات وجود الغائب حيًا أو ميتًا هام لتوقف أحكام كثيرة على كلتا [1] الحالتين ، فحالة الشخص الشخصية من زواج ومن طلاق ومن ميراث ومن التزامات .. إلخ كل هذه تحتاج إلى أحكام خاصة ، ولهذا عُني المشرع الإسلامي بأحوال الغائب من جميع النواحي .

أهمية هذا التشريع : أصبح ذا قيمة عظيمة وأصبح مبنيًا على قواعد ثابتة لا يتطرق إليها الشك لتقدم الرقي في المواصلات ولعدة عوامل أهمها :

1 - أن جميع المواليد ذكورًا وإناثًا تقيد بدفاتر ميلاد محل الميلاد .

2 - الأشخاص غير المقيدين بدفاتر الميلاد تحرر بهم قائمة تسمى قائمة (ساقطي القيد) يعرضون يوم فرز بلدهم (الاقتراع) على لجنة الفرز بمركز البوليس في اليوم المحدد لكل بلد (طبعًا الذكور منهم) فيعطي الطبيب لكل شخص السن التي يصح أن يكون قد بلغها وقت الفرز ، ثم يقيد هذا في دفاتر البلد التي فرز تبعًا لها ، ولهذا قل وجود سواقط ، أو غير مقيدين رسميًا .

3 - سهولة المواصلات بالسكك الحديدية والأتومبيلات والموتوسيكلات والطائرات والتلغرافات والتليفونات السلكي واللاسلكي برًا وبحرًا وهواء . كل هذه الطرق سهلت ومهدت طرق البحث عن الغائب مهما بعد ، خصوصًا وأن شبكة التليفونات الحكومية وغير الحكومية أصبحت في كل قرية وفي متناول الجميع .

ملخص أدوار الغيبة :

تمر أدوار الغيبة في ثلاث [2] مراحل :

(1) غيبة الشخص والتبليغ عنه والبحث عن مظان وجوده .

(2) ضرب الأجل مدة أربع سنين في بعض الأحوال وفي بعضها سنة بعد التلوم .

---

(1) في الأصل : [كلتي] .

(2) في الأصل : [ثلاثة] .

(3) اعتداد زوجته وقسم ماله في بعض الأحوال والانتظار مدة التعمير في بعض الأحوال .

وقد نظر المشرعون إلى ظروف الغيبة التي أحاطت بالغائب ، وأعطوا لكل حالة حكمها فلم يحكموا على الغيبة من حيث هي في كل حالاتها ؛ لأن هذا حكم خاطئ ؛ لأن المفقود وقت الحرب أو وقت الوباء (تيفوس . تيفوئيد . طاعون مثلًا) لا تكون حالته كالمفقود وقت السلم ، كمن خرج من بيته لا يعلم أين ذهب وهو صحيح سليم .

فالعقل السليم والعدل الاجتماعي يقضيان بإعطاء كل حالة حكمًا يتناسب مع ظروف غيبته . لهذا كان التشريع الإسلامي حكيمًا . وتفصيل أدوار الغيبة كالآتي :

أولًا : المفقود في بلاد الإسلام في غير زمن حرب ولا وباء كطاعون وحمى قاتلة ، ولا في زمن فتنة هوجاء تأكل الأخضر واليابس .

وحكمه أنه متى بلغ أمر غيبته إلى الحاكم ، أو القاضي يأمر بالبحث عنه في مظان وجوده بعد ذكر اسمه ونسبه وأوصافه التي تميزه ، فإن لم تفد التحريات ولم تظهر أخباره ولا موضعه فيقضي بالآتي :

(أ) **بالنسبة للزوجة** : يضرب القاضى لها أجلًا أربع سنين من يوم العجز عن معرفة أخباره . وبعد الأجل تعتد زوجته عدة وفاة أربعة أشهر وعشرة أيام بشروط :

(1) أن تثبت الزوجية بهذا الغائب .

(2) أن تثبت بقاءها على عصمته إلى غيبته .

(3) أن تثبت غياب زوجها .

(4) أن يكون للغائب مال تنفق منه هذه المدة .

(5) أن لا يكون لها شرط الطلاق إن غاب .

فإذا لم يكن للغائب مال تنفق منه مدة الأربع سنين أو كان لها شرط الطلاق إن غاب فلها أن تطلب الطلاق قبل مضي هذه المدة وتطلق عليه قبلها . ولا تحتاج المرأة بعد انقضاء الأجل إلى إذن الإمام في العدة . ولا تحتاج بعد العدة إلى إذن في

التزويج لأن إذنه حصل أولًا بضرب الأجل .

فلو جاء الغائب فوجد زوجته تزوجت بعد المدة (4 سنين) وبعد العدة وكان لم يدخل بها الزوج الثاني كان الأول أحق بها ، فإن جاء وقد دخل الزوج الثاني فقد بانت من الأول ، وتأخذ من المفقود وهو الأول جميع الصداق ولو لم يكن دخل بها . يعنى تكون الزوجة للمفقود في ثلاثة أوجه : أن يجيء ، أو يتبين أنه حي ، أو مات وهي في العدة اتفاقًا ، أو بعدها وقبل العقد على المشهور ، أو بعد العقد وقبل الدخول على ما رجع إليه الإمام مالك .

وتفوت على المفقود في الوجه الرابع وهو أن يكون الثاني دخل بها أو تلذذ بلا علم ، وورثت الأول إن قضى له بها [1] .

(ب) **بالنسبة لأمواله** : لا يخلو حال الغائب إما أن يكون قد أقام عنه وكيلًا شرعيًا قبل غيبته . وإما أن يكون قد غاب ولم يقم عنه وكيلًا ، فمن أقام عنه وكيلًا يترك التصرف للوكيل حسب وكالته ، إلا إذا اشتكى من تصرفه ورثة الغائب فيحاسبه القاضي ، ويلزمه حفظ ما وكِّل فيه ، فإن أساء أقام عليه مشرفًا أو عزله ، وأقام مقدمًا من قبله يكون مسئولًا أمام الحاكم يقدم حسابًا كل عام عن تصرفه ويحفظ مال الغائب ويديره كماله . وللقاضي تقدير أجر له على عمله ما لم يقبله مجانًا ، والأجر من مال الغائب .

ومن لم يقم وكيلًا عنه قبل غيبته عين القاضي قيمًا على أمواله يديرها وعليه تقديم حساب وحفظ المال وتنميته كمالكه .

وعلى كلتا الحالتين يوقف مال الغائب إلى التعمير ، فيورث حينئذ لأنه لا ميراث مع الشك في حياة وموت المورث ، ويقسم على ورثته يوم الحكم بموته لا يوم فقده ولا يوم بلوغه سن التعمير .

والتعمير سبعون سنة واختار الشيخان ثمانين ، وحكم بخمس وسبعين فنهاية

---

(1) يقول الدردير : [تعتد زوجة المفقود حرة أو أمة صغيرة أو كبيرة في أرض الإسلام عدة وفاة إن رفعت أمرها للحاكم أو لجماعة المسلمين عند عدمه ، ودامت نفقتها من ماله ، فيؤجل الحر أربعة أعوام و العبد نصفها بعد العجز عن خبره] . الشرح الصغير جـ 2 ص 164 .

التعمير سبعون عامًا وهو قول الإمام مالك وابن القاسم وأشهب . ولمالك وابن القاسم أيضًا ثمانون .

فإن اختلف الشهود في تقدير سن الغائب وقت غيابه أخذ بالأقل احتياطًا . هذا إذا فقد قبل سن التعمير .

وأما من فقد في الثمانين فيضرب له أجل عشر سنين ، وكذا ابن تسعين سنة وابن 75 سنة يضرب له خمس سنين وابن مائة اجتهد الحاكم فيما يضرب له . وقيل : من غاب وهو في 75 سنة أو في 70 سنة على القول بأنهما سن التعمير اجتهد الحاكم فيما يضرب له حسب صحته وضعفه وقت غيابه . وتجوز شهادة الشهود على التقدير أي على ما يقدرونه بغلبة ظنهم واغتفر ذلك للمتعذر ، وحلف الوارث حينئذ على طبق شهادتهم على القطع ، وأما لو شهدت بتاريخ الولادة فلا يمين وأجرة البحث عن الغائب على الطالب إن كان له مال وإلا فعلى بيت المال .

ثانيًا : الغائب الأسير في حرب في بلاد الأعداء حكمه كالآتي :

(أ) **زوجته** : زوجة الأسير التي ترك لها مالا تنفق منه ولا شرط لها تبقى مدة التعمير (70 أو 75 أو 80 سنة) كما مر ثم تعتد عدة الوفاة ، كزوجة المفقود في بلاد المسلمين في غير زمن وباء أو فتنة جامحة .

(ب) **ماله** : لا يقسم ماله حتى تنقضي مدة التعمير ، ولا تكون وفاته الاعتبارية إلا بحكم الحاكم ، وحينئذ تقسم تركته بين ورثته الموجودين .

ومفقود أرض الشرك كالأسير لا تتزوج زوجته ولا يقسم ماله إلا إذا صح موته ، أو يمضي عليه من الزمن ما لا يعيش إلى مثله فيوقف للتعمير وهو سبعون أو 75 سنة أو ثمانون خلاف في الاجتهاد .

ثالثًا : مفقود المعترك بين المسلمين لفتنة بينهم بعضهم مع بعض :

(أ) **زوجته** : تعتد زوجته عدة وفاة بعد انفصال الصفين وانتهاء المعركة ، إذا شهدت البينة العادلة أنه حضر المعترك ، فيحمل أمر من فقد في ذلك القتال على الموت . وأما لو شهدت البينة أنه خرج مع الجيش فقط فيكون كالمفقود في بلاد المسلمين ويجري فيه ما مر . وقد نقل ابن عرفة عن مالك وابن القاسم أنها تعتد من

يوم التقاء الصفين [1] .

(**ب**) **ماله** : وماله يورث عنه حين الشروع في العدة . ومثل فقيد المعركة بين المسلمين المرتحل من بلده لبلد الطاعون فغاب وفقد في زمنه فتعتد زوجته بعد ذهاب الطاعون . ومثل الطاعون كل وباء فيه الموت أو كارثة فيها الموت كحريق عام أو غرق شامل يفقد كل من يجده في طريقه .

رابعًا : المفقود في حرب بين الكفار والمسلمين : تعتد زوجته بعد مضي سنة بعد النظر في أمر المفقود من السلطان . وقد روى أشهب وابن نافع عن مالك أنه يضرب لامرأته أجل سنة من وقت النظر لها ثم يورث عند انقضائها وتنكح زوجته (تتزوج) بعد العدة .

وقال ابن رشد يتلوم [2] له سنة من يوم رفع أمره للسلطان .

ومن هذا البيان يتبين أن المفقود ليس له حكم واحد كما في التشريع الوضعي فكل غائب له ظروف واعتبارات خاصة وعِلَلٌ يتغير معها الحكم وهو المعقول الذي يتفق مع مصالح البشر . وما دام لم يحكم بموته أو لم يحضر فالتركة باقية على ملك الغائب والمتصرف فيها كوكيل عن الغائب . فإن عاد سلِّمت له جميع أملاكه وما نتج عنها من ثمرة أو فائدة . فإن كان وكيل الغائب أو المعين من قبل القاضي له أجر على العمل أخذه وإلا سلمت جميعها لصاحبها .

وإن ثبت أن الغائب توفي رُفع الأمر للقاضي وحكم بموته بعد سماع الأدلة بدون انتظار للأجل المحدد في أي حالة ، فتصفى تركته ويعطى لكل ذي حق حقه .

متى مضى الأجل المضروب لكل حالة كما سبق أو بلغ سن الغائب سن التعمير وهو 70 أو 75 أو 80 سنة انتقلت الغيبة إلى حكم الوفاة ورفع الأمر للقاضي ليحكم بالوفاة وحينئذ يقسم تركته بجميع مالها وما عليها . ولو ظهر حتى بعد الحكم بالوفاة وبعد تقسيم التركة أخذ ما وجده من تركته قائمًا على حالته التي وجدها عليه وليس له استرجاع ما تصرف فيه الورثة لأنهم تصرفوا بحق فلا ينقض تصرفهم .

افتراض الغيبة : يفترض المشرع الإسلامي غيبة الشخص المفقود من وقت عدم

---

(1) يقول الدردير : [زوجة الأسير والمفقود التي يضر بها الترك تمكث مدة التعمير إن دامت نفقتها ، وإلا فلها التطليق لعدمها ، وهو سبعون سنة من ولادته فيورث ماله وتعتد زوجته عدة وفاة] . الشرح الصغير جـ 2 ص 165 .

(2) التلوم الانتظار والتلبث انظر لسان العرب مادة لوم 4101/5 .

ظهور أخباره وعدم ظهور موضعه . ولهذا يضرب له الأجل الذي يختلف باختلاف ظروف الغيبة وزمانها ومكانها .

وهو أربع سنوات أو سنة أو لا أجل مثلًا كمفقود المعترك بين المسلمين . فوقت افتراض الغيبة هو بعد التحري من مواضع مظان وجوده ، وعودة الأخبار بعدم معرفة موضعه . ومن هذا الوقت تتخذ الاحتياطات التحفظية على أموال الغائب إن لم يكن له وكيل ، أو كان واشتكى منه الورثة أو أصحاب الحقوق . والوكيل أو القيم على هذا الغائب هو الذي يمثله في التقاضى له وعليه ، ويدافع عن حقوقه ، ويقبضها له خصوصًا الميراث والديون المستحقة له وقت غيبته . وللورثة ودائني الغائب وشركائه الحق في طلب تعيين قيم له لحفظ ماله ولصحة التعامل معه قانونًا . فإذا لم يقم أحد بهذا الحق تعين على الحاكم فعل ذلك ، لما فيه مصلحة الغائب . فإن لم يفعل الحاكم تعين على جماعة المسلمين . والحاكم المختص هو محل إقامة الغائب الشرعية .

والذي يعلن الغيبة هو من تولى الكشف عن حال الغائب فيضرب الأجل ، ولا يحتاج لشيء آخر ؛ فلا تحتاج الزوجة بعد انقضاء الأجل إلى إذن الإمام أو الحاكم أو القاضي في العدة . ولا تحتاج بعد العدة إلى إذن في التزويج لأن إذنه حصل أوَّلا بضرب الأجل .

وأما في قسم التركة فلا بد من حكم بالوفاة ، إما لثبوتها بالأدلة ، وإما لمضي مدة التعمير فيحكم بالوفاة .

وليس في التشريع الإسلامي استحقاق الميراث المؤقت . لأن استحقاق الميراث معناه الملكية فلا تتفق مع ميراث مؤقت ، لأن المعاملات بين الناس يجب أن تبنى على أساس صحيح لا تغرير فيه . فما دام لم يحكم بوفاة الغائب فلا ميراث لأحد ولا ملكية لأحد ، فيبقى المال على ملك صاحبه الغائب حتى يعود أو يموت أو يحكم بموته . وكل تصرف في هذا المال حتى ولو كان من وارث فهو تصرف في غير ما يملك .

واستحقاق الورثة للتركة المخلفة عن الغائب تكون من يوم وفاته حقيقة أو الحكم بوفاته لبلوغه سن التعمير . وما دام استحقاق الميراث لا يكون إلا من يوم وفاته حقيقة أو حكمًا فليس لأحد طلب وضع يده أو وضع يده بالفعل عليها إلا لمجرد الحفظ . ويعتبر مسؤولًا عنها كوكيل عن الغائب له أجر عمله إن حكم له به أو عين بأجر .

والأصل في تعيين القيم على أملاك الغائب الثقة والاختيار ، وهذا عمل لا يراد

منه الكسب ولا الاستثمار ، وإنما يراد منه حفظ مال الغائب ؛ فلو طلب الحاكم من القيم تقديم كفيل أو ضمانة مثلًا لأحجم الناس عن الإقدام على تحمل هذه المسئولية . ولكن على الحاكم أن يتخير المليء الثقة المشهور بالسمعة الطيبة الذي في ماله ما يكفي لضمان ما عساه أن يفقده أو يضمنه إذا تعدى .

طلب وضع اليد نهائيًا : طلب وضع اليد النهائي هو طلب الحكم بالوفاة حقيقة متى أمكن إثبات ذلك وحكمًا متى مضت مدة التعمير . والعمر الذي يمكن أن يبلغه الناس عادة 70 أو 75 أو 80 سنة ، وليس مائة سنة فهذا نادر والنادر لا حكم له . وإنما تبنى الأحكام على الكثير الغالب . ويجب لوضع اليد النهائي صدور حكم بوفاة الغائب حقيقة أو اعتباره متوفيًا لبلوغه فوق ما يعيش إليه أمثاله ، وهو سن التعمير .

ومتى صدر حكم الوفاة اقتسم الورثة التركة حسب الأنصبة الشرعية ؛ فإن حضر المفقود بعد ذلك أخذ ما بقي عينًا من أملاكه متى بقيت على حالتها . وما تصرف فيه الورثة ببيع أو هبة أو بدل أو ترتيب حقوق عينية على أعيان التركة فهي صحيحة لا يملك المفقود نقضها [1] .

بند [71] نتائج الغيبة بالنسبة للميراث المستحق للغائب

القانون الفرنسي : إذا استحق الغائب في ميراث قبل انقطاعه عن الظهور أو قبل وصول آخر أخبار عنه فلا نزاع في ملكيته لما ورث فلواضعي اليد مباشرة حقوق

(1) جاءت المادة الحادية والعشرون من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ، والمعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بالنص على أنه : « يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده . وأما في جميع الأحوال ، الأخرى فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي ، وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنه الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيًا أو ميتًا » . وكذا نصت المادة الثانية والعشرون من هذا المرسوم على أنه : « بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة في المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة ، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم » .

وقد عدلت المادة 21 بالقانون رقم 230 لسنة 1992 فأصبح منطوقها : « يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده . ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي سنة من تاريخ فقده في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت ، أو كان في طائرة سقطت ، أو كان بين أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية . ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال ، وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا في حكم الفقرة السابقة . ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود . وفي الأحوال الاخرى يفوض تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي ، على ألا تقل عن أربع سنوات ، وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيًا أو ميتًا » .

الغائب فيما ورث ، فإن استحق الميراث بعد غيبته أو انقطاع أخباره فليس لواضعي اليد العمل للاستيلاء عليها ؛ لأنه لا يمكنهم إثبات وجوده واستحقاقه وقت وفاة المورث فيستحقها الوارث معه كأن هذا الغائب ، لم يكن أو يستحقها من يستحق بعده لو لم يكن موجودًا وطبيعة حق هذا الوارث هي :

(1) أنه يملك ما ورث لغيبة هذا الغائب بمضي المدة وهي 30 ثلاثون سنة .

(2) ليس عليه تقديم الضمان الذي يقدمه واضع اليد مؤقتًا على أملاك الغائب .

(3) ليس عليه إرجاع أي شيء من الإيراد إذا ظهر الغائب بل يعتبر بنية حسنة فيتملك كل الثمار بدون أي تعويض أو رد .

إذا ظهر الغائب أو وردت أخبار تدل على وجوده فعلى من حاز حقه في الميراث أن يرد نصيبه الذي استولى عليه لعدم التيقن من حياته وقت استحقاق هذا الميراث إلى الغائب نفسه أو من يمثله .

نتائج الغيبة بالنسبة للزواج :

الغيبة ليست سببًا في حل عصمة الزوجية لأنها ليست دليلًا على الوفاة ، بل فيها شك في وجود الغائب ، وينتج عن عدم حل العصمة في الزواج بسبب الغيبة أن المرأة المتزوجة تبقى غير أهل للتعاقد فتطلب الإذن لها من القضاء بدل زوجها الغائب فيما يشترط فيه إذن الزوج ، وليس لأحد الزوجين أن يتزوج مرة أخرى مادام لم يثبت وفاة زوجه .

نظام الزواج غير شركة الزوجين :

مجرد إعلان الغيبة يضع حدًّا لعقد ترتيب أموال الزوجين في الزواج المغاير لشركة الزوجية بين الزوجين وإن كان الزواج نفسه باقيًا .

ففي نظام المهر يمكن للمرأة طلب تسليمها أعيان المهر فتتولى هي الإدارة وتستولي على الإيراد . وفي نظام استبعاد شركة أموال الزوجين يمكن للزوجة استرداد كل الأملاك التي للزوج إدارتها واستغلالها .

وفي نظام شركة الزوجية للحاضر من الزوجين اختيار أحد أمرين إما استمرار شركة الزوجية مؤقتًا وإما حلها ، ومدة استعمال هذا الحق تنتهي قبل وضع اليد على التركة ولكل حالة من الحالتين أحكام خاصة .

أولًا : اختيار استمرار شركة الزوجية : ينتج عن هذا الاختيار منع وضع اليد من أصحاب الحقوق على أملاك الغائب ، ويدير أملاك الشركة والأملاك الخاصة أحد الزوجين الحاضر دون تفرقة بين الرجل والمرأة ، ويجب على الزوج الحاضر عمل حصر أملاك الغائب ليكون أساسًا للتصفية ، ولكن ليس عليه تقديم ضمان ، فإن كان الرجل هو الباقي فلا تغيير في تصرفاته ، وإن كانت المرأة فهي كواضع اليد مؤقتًا ، ولكن ترجع لإجازة القاضي فيما تجب فيه إجازة الزوج ، والثمرات ترجع للزوج الحاضر أو الزوجة كواضع اليد .

وينتهي استمرار شركة الزوجية متى عاد الغائب ، أو مات ، أو صدر أمر القضاء بوضع اليد نهائيًا أو بوفاة الحاضر أو بتنازله عن استمرار شركة الزوجية .

ثانيًا : اختيار انحلال شركة الزوجية : وينتج عن هذا أن أحد الزوجين الحاضر يأخذ ما أحضره وكل حقوقه القانونية والمشروطة مع تقديم الضمان لردها عند الحاجة . وبالجملة فحالته كحالة واضع اليد المؤقت . وتنتهي هذه الحالة إما برجوع الغائب فتعود شركة الزوجية ، وإما بثبوت الوفاة فتصفى التركة معتبرة من يوم الاختفاء .

نتائج الغيبة بالنسبة إلى الحقوق الأبوية والوصاية على أطفال الغائب .

افتراض الغيبة : إن غاب الأب وكانت الأم حية حاضرة باشرت الأم الحقوق الأبوية بدون إقامة وصي على القصر ، فإن ماتت الأم وجب تعيين ملاحظ بمجلس العائلة أو الأصول في مدى ستة أشهر ، أو يعين وصي مؤقت . وكذلك لو اختفت الأم بعد اختفاء الأب ، ولو اختفت الأم قبل الأب فالحكم واحد .

وقد أعلن قانون بأحكام الغيبة فيمن غاب في الحرب الكبرى سنة 1914 فلا حاجة إليه لأنه قانون أوحت به ضرورة الحرب .. اهـ .

تمت ترجمة هذا القانون يوم الثلاثاء الساعة 8 مساء 4 نوفمبر سنة 1941 موافق 16 شوال سنة 1360 هجرية ، وقد كانت الحال مضطربة بمصر من خطر الحرب المحدق بها في كل وقت من الألمان والطليان وما كانوا يلقونه على مدن القطر المصري من قنابل محرقة وقنابل شديدة الانفجار وكم أخذت من ضحايا وهدمت من بيوت ، وكم صوتت زمارة الإنذار في جوف الليل الهادئ بالغارات فيهب الناس مذعورين إلى المخابئ فمنهم من يلاقي حتفه حتى بالمخابئ ، ومنهم من يطير عقله ويختل لبه . ولا يدري أحد متى تنكشف هذه الغمة ويبسط الصلح أجنحته

على وجه الأرض وتنتهي الحرب التي أكلت الأخضر واليابس ولله في خلقه شئون يفعل ما يشاء . واللّه يفعل ما يشاء ويريد (كان هذا مكتوبًا في ذيل الترجمة) فنقلته للذكرى والتاريخ بعد انتقالنا من دار الدنيا إلى الرفيق الأعلى [1] .

بند [72] نتائج الغيبة بالنسبة للميراث

التشريع الإسلامي : الغائب لا يخلو حاله إما أن يكون استحق ميراثًا وهو حاضر قبل أن يغيب ولكن لم يتسلمه ولم يضع يده عليه . وفي هذه الحالة يكون الميراث المستحق قد دخل في ملك الغائب وحكمه حكم جميع أملاكه ، فعلى وكيله إن كان له وكيل وعلى قيمه الذي يعينه الحاكم العمل على تسلم هذا الحق ووضع اليد عليه باسم الغائب واستغلاله له ، فإن قصر فهو مسئول عن ضياع هذه الحقوق .

وإمّا أن يستحق ميراثًا وهو غائب ولم يتبين حاله حيًا أو ميتًا ، وهذه الحالة تقتضي بحثًا دقيقًا لأنه يشترط في الوارث تحقق حياته بعد وفاة مورثه ، وبما أن الغائب في حالة شك بين الموت والحياة فلا يصح اعتباره وارثًا وتسليم الحاضر عنه نصيبه في تركة مورثه . ولا يصح اعتباره ميتًا قبل وفاة المتوفى المورث فيحرم من الميراث لجواز أن يكون حيًا ولم نطلع عليه . لهذا فالواجب يقضي بعدم تسليم نصيبه وعدم حرمانه بل حفظ حقه على القواعد الآتية حتى يعود أو يتبين موته أو تمضي مدة التعمير وذلك :

إن مات مورث المفقود وهو مفقود قُدِّر المفقود حيًا بالنسبة لإرث بقية الورثة ، وقدر ميتًا ، ووقف المشكوك فيه وهو نصيب المفقود ، وما اختلف فيه حاله من نصيب غيره فإن ثبتت حياته أو موته ببينة فالأمر واضح وإن مضت مدة التعمير فكالمجهول .

فإن ماتت زوجة وأم وأخت ، وكان لها أب مفقود ، فعلى فرض حياته تكون المسألة من ستة ، وعلى فرض موته تكون من ستة كذلك وتعول إلى ثمانية فتضرب الوِفق في الكل فتكون من أربعة وعشرين للزوج تسعة 9 من 24 وللأم 4 من 24 ووقف الباقي 11 من 24 ، فإن ظهر أنه حي فللزوج ثلاثة 3 من 24 وللأب ثمانية 8 من 24 ، وإن ظهر موته أو مضى التعمير فللأخت تسعة 9 من 24 ، وللأم اثنان 2 من 24 .

وتفصيل ذلك في فرض تقديره حيًا أن للزوج النصف 2/1 ، وللأم ثلث الباقي

---

(1) انظر : البنود من 120 إلى 143 ، في البابين الثالث والرابع ، من الكتاب الرابع ، من المقالة الأولى ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، ص 32 – 38 .

وهو 3/1 ، وللأب ثلثا الباقي وهو 3/2 فالمسألة 2 × 3 = 6 ولا شيء للأخت ؛ لأن الأب يحجبها حرمانا ومنها تصح قسمتها .

وعلى فرض تقدير الغائب ميتًا فإن للزوج 2/1 النصف ، وللأم 3/1 الثلث ، وللأخت النصف فهي 2 × 3 = 6 ولكن قسمتها لا تصح من ستة فتعول إلى ثمانية بمثل ثلثها فللزوج النصف 8/3 ، وللأم 8/2 ، وللأخت 8/3 .

فالثمانية في الفرض الثاني وهو (وفاة الغائب) توافق الستة في المسألة الأولى المفروض فيها (بقاء الأب حيًا) بالأنصاف فنضرب نصف أحدهما في كامل الآخر 4 × 6 أو 3 × 8 = 24 .

فالزوج يكون له في المسألة العائلة أقل من غير العائلة ، فيأخذ المحقق بتقدير موت الأب وهو 24/9 ، والأم يكون لها في العائلة أكثر وفي غير العائلة أقل ، فتأخذ المحقق بتقدير حياة الأب وهو سدس .

ويوقف 24/11 فإن ثبتت حياة الأب أخذ الزوج من الموقوف 24/3 تتمة النصف ويأخذ الأب ثمانية ، وقد أخذت الأم ما يخصها على هذا التقدير وهو أربعة . وإن ثبت موته أو مضى التعمير أخذت الأخت مما وقف تسعة 24/9 وتأخذ الأم اثنين 24/2 ، وأما الزوج فإنه أخذ حصته على هذا التقدير وهو 24/9 .

والمراد بمضي التعمير مضي مدة لا يعمرها أمثاله وقدرت بسبعين أو 75 أو ثمانين . وهل يكفي مضى مدة التعمير فيستحق الوارث نصيبه من غير حكم باعتباره ميتًا ، أو لابد من صدور حكم باعتباره ميتًا حتى يستحق الوارث نصيبه في التركة الموقوفة ؟ خلاف . والصحيح أنه لا بد من صدور حكم باعتباره ميتًا .

فالأربعة والعشرون تقسم على ستة مسألة الحياة فيخرج جزء السهم وهو 4 أربعة ، وعلى ثمانية وهي مسألة الموت يخرج 3 فكل من له شيء في مسألة الحياة وهي ستة أخذه مضروبًا في 4 أربعة وِفق مسألة الموت ، ومن له شيء في مسألة الموت وهي ثمانية أخذه مضروبًا في ثلاثة وفق مسألة الحياة .

فورثة الغائب فيما أُوقف له من مورثه حتى تتبين حالته لا يملكون فيه شيئًا لأنه يحتمل ظهوره حيًا ، ويحتمل موته والتركة لا تقسم عند الشك . وقد سبق أن أوضحنا أن ورثة الغائب لا يضعون أيديهم على تركته يتصرفون فيها حتى يعود ،

لأن هذا تصرف على غيره حقيقة في ملك الغير واختلاس ثقة الناس وغش وخديعة في مال يظن الناس أنه ملكه فيعاملونه على هذا الأساس ، ثم في طرفة عين يزول هذا الاعتقاد وتذهب ثقة الناس عند ظهور الغائب حيًّا ؛ لهذا بنى المشرع الإسلامي معاملة الناس على أسس ثابتة فلا حرم الغائب من حقه ، ولا أعطاه لأحد بل حفظه حتى تتبين حياته من موته ، وحينئذ فقط يعلم الناس إن كان المال ملكًا لورثة الغائب أو ملكًا لصاحبه ، فلا يملك الميراث بمضى مدة 30 سنة كميراث عن الغائب لأن وضع اليد على ملك الغير اغتصابًا لا يفيته على مالكه ، خصوصًا إذا كان غائبًا ، ولا يعلم بوضع اليد على أملاكه من الغير .

نتائج الغيبة بالنسبة للزواج :

قضى التشريع الوضعي بعدم زواج أحد الزوجين مدة غياب قرينه في أي حال مهما كانت الظروف ، واعتبر أن الغيبة لا تقتضي حل الزواج حتى يحكم بوفاة الزوج حقيقة أو يبلغ فوق المائة فيحكم باعتباره ميتًا ؛ فهي مصيبة نزلت بأحد الزوجين الباقي ، ولا مخلص له منها .

وما كان للتشريع الإسلامي أن ينحو هذا النحو وما كان له أن يتهرب من مجابهة الحقيقة ، وهو تشريع إلهي بُني على مصالح الناس الحقيقية بلا مواربة ولا خديعة ، فنظر إلى قدر الضرورة وحكم بقدرها وبنى حكمه على ظروف الغيبة فالزوجة بشر لها طبيعة تكوينها التي تطلب إشباعها ، فيجب مسايرتها في حِلٍّ ، وعدم تركها تبحث في الظلمات عن غضب اللّه ، وعن العبث بالنظم الاجتماعية المنزلة من حكيم حميد .

فلا يصح عقلًا أن تحكم على شابة في عنفوان شبابها أن تبقى راهبة فلا هي متزوجة يعفها زوجها وتعفه ، وينسلان خلقًا سويًّا ، ولا هي مطلقة فتبحث عن زوج يعضدها في الحياة ويمنع سقوطها في هاوية الشهوات ؛ لهذا كان حكم التشريع الوضعي لا مصلحة فيه وهو حكم جائر خال من المصلحة الاجتماعية والخُلُقية .

وحكم التشريع الإسلامي في الزواج كالآتي :

أولًا : زوجة المفقود في بلاد الإسلام في غير زمن فتنة أو وباء : في هذه الحالة يُظن وجوده حيًّا ، فيرفع الأمر للحاكم فيسأل المعارف والجيران وفي مظان وجوده ، ثم يبعث لحكام البلاد باسمه وحرفته وأوصافه ، فإذا عاد إليه الخبر بعدم معرفة

موضعه وعدم ظهور أخباره ضرب لها الحاكم أجلا أربعة أعوام ، وبعد نهايتها إن لم تظهر أخباره أو يحضر تعتد الزوجة عدة وفاة أربعة أشهر وعشرة أيام وبعد العدة تتزوج بلا إذن جديد في العدة ولا في الزواج .

وقد تقدم حكم ظهور الغائب بعد الزواج أو قبل الدخول فارجع إليه إن شئت .

هذا الحكم مبني على إمكان الكشف عن أمر الغائب لأنه في بلاد الإسلام .

ثانيًا : زوجة الأسير وزوجة المفقود في أرض الشرك : في هاتين الحالتين لا تتزوج الزوجة إلا إذا صح موته ، أو يمضي عليه من الزمن ما لا يعيش إليه مثله ، وهو أجل التعمير 70 سنة أو 75 سنة أو 80 سنة خلاف .

وهذا الحكم مبني على عدم إمكان الكشف على أمر الغائب في بلاد لا سلطان للحاكم المسلم عليها فيجب الاحتياط الكامل ، حتى يثبت موته حقيقة أو حكمًا ، فتعتد زوجته عدة الوفاة ثم تتزوج إن أرادت .

ثالثًا : مفقود المعترك بين المسلمين لفتنة بينهم ، والمرتحل لبلد الطاعون أو وباء أو قتال ففقد في زمنه : تعتد زوجتهما عدة وفاة بعد انفصال الصفين أو نهاية الوباء إذا شهدت البينة العادلة أنه حضر المعترك . فيُحمَل أمر من فُقد في هذه الأحوال على الموت فلا داعي لضرب الأجل مع وجود القرائن القاطعة على وفاته ، حيث كان في المعترك . أما لو شهدت البينة أنه خرج مع الجيش فقط فيكون كالمفقود في بلاد المسلمين ويجري فيه ما مر . وقد نقل العلامة ابن عرفة عن مالك وابن القاسم أنها تعتد من يوم التقاء الصفين .

رابعًا : مفقود في حرب بين الكفار والمسلمين : تعتد زوجته بعد مضي سنة بعد النظر في أمر المفقود من السلطان لغلبة الظن في أمره بالموت ، ولهذا تؤجل سنة ، ثم تعتد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرة أيام [1] . وقد روى أشهب وابن نافع عن الإمام مالك أنه يضرب لامرأته أجل سنة من وقت النظر لها ثم تعتد زوجته عدة الوفاة . وقال ابن رشد : يُتَلَوَّم له سنة (ينتظر له سنة) من يوم رفع أمره للسلطان

(1) هذا الرأي في المذهب المالكي هو أساس التعديل الذي جاء به قانون رقم 230 فيما سبقت الإشارة إليه قبل قليل . وقد أصبحت مدة انتظار المفقود في الأحوال التي يغلب معها الهلاك سنة واحدة ، وذلك لما إذا دلت البينة على أنه ركب طائرة احترقت أو سفينة غرقت .

ثم تعتد عدة وفاة . كل هذا إذا ترك المفقود الغائب لزوجته مالًا تنفق منه ، فإن لم يترك لها ما تتفق منه فلها الحق في طلب حل عصمتها (طلاقها) من زوجها الغائب للغيبة والإعسار ، ويجيبها القاضي إلى طلبها متى أثبتت دعواها . وبما أنه لا يوجد نظام شركة الزوجين في التشريع الإسلامي فلا حكم له فيه ، لأن التشريع الإسلامي بني على الحرية التامة في الأملاك وأن الزوج لا يملك حق التصرف في أملاك زوجته إلا بإذنها كوكيل عنها ، وكذلك الزوجة بالنسبة لأملاك الزوج إلا في حدود واجب الإنفاق بالمعروف عليها وعلى أولادها منه [1] .

نتائج الغيبة بالنسبة للحقوق الأبوية والوصاية :

متى غاب الأب وقفت الحقوق الأبوية لعدم وجود الأب فتنتقل إلى من يخلفه إن كان [2] ميتًا ، فيعين لأولاده وصي (قيم) يقوم بشئونهم ويمثلهم في اقتضاء وقضاء ديونهم ، ويصح أن تكون الأم متى كانت أهلًا للقيام بذلك . هذا إذا لم يكن الغائب أقام له وكيلًا قبل غيبته . فإن كان له وكيل اتبع في تصرفه نص الوكالة من عموم وخصوص . ويصح أن يكون قد عين على أولاده شخصًا معينًا حال غيبته أو موته ويسمى وصيًا مختارًا . وكذلك يصح أن يكون وصيًا عامًّا أو خاصًّا ، ولا يصح للأم مباشرة مصالح أولاد الغائب من غير تعيين القاضي لها بعد النظر في صلاحيتها لذلك . ويصح تعين غيرها مع وجودها نظرًا لمصلحة القصر أو عديمي الأهلية . هذا إذا اختفى الأب .

فإن اختفت الأم وكان القُصَّرُ منهما تولى الأب شئون أولاده كما هو ، غير أنه إذا كان لأولاده مال عن أمهم أو عن غيرها وجب على الأب المحافظة عليه وتنميته لهم ، فإن أساء التصرف ضمن ونُزِع المال من تحت يده ، وعين الحاكم من يقوم بإدارته وحسن التصرف فيه لعديمي الأهلية .

---

(1) يقول الدردير : [تعتد زوجة المفقود في أرض الإسلام عدة وفاة إن رفعت أمرها للحاكم ... فيؤجل الحر أربعة أعوام .. ومفقود أرض الشرك . وتعتد في غير ذلك لمدة التعمير وهو سبعون سنة من ولادته فيورث ماله وتعتد الزوجة عدة وفاة . إلخ] . الشرح الصغير جـ 2 ص 164 ، 165 .

(2) في الأصل : [إن لو كان] .

نتيجة المقارنات من بند 55 إلى نهاية بند 72

يتفق التشريعان فيما يأتي :

تنفيذ الوصية - منفذ الوصية - بطلان الوصية وإلغاؤها وبطلان عملها - إلغاء الوصية - بطلان عمل الوصية - نتائج بطلان الوصية - بعض عطايا خاصة - (هبة في عقد ترتيب أموال الزوجين في الجملة) - الهبة بين الزوجين مدة الزواج (في الجواز لا في الرجوع) - الهبة أو الوصية المنتقلة (في الجملة) - الوقف - الغيبة النتائج العامة للغيبة - نتائج الغيبة بالنسبة للميراث المستحق للغائب - نتائج الغيبة بالنسبة للزواج - نتائج الغيبة بالنسبة إلى الحقوق الأبوية والوصاية على أطفال الغائب .

هذا ما أردت ترجمته ومقارنته في أحكام التشريع الوضعي الفرنسي والتشريع الإسلامي ، ولعلي قد وضعت أساس البحث لمن يأتي بعدي فيتم ما بدأته لأن الكمال لله وحده وهو الباقي بعد فناء خلقه .

وإني وأنا أخط هذا ليلة الأحد الموافق 16 ج ل سنة 1364 هـ - 28 أبريل سنة 1945 م لا أدري هل يطول بي الأجل حتى أطبع هذا الكتاب وأنشره للخاص والعام ، أم يقصر بي الأجل فيذهب مع الريح أو يتبناه غيري ويغير معالمه وينسبه لنفسه لأن السرقة والاغتصاب كما يكون في المال يكون في التأليف والعلم .

وإنى أودع هذا شهادة أن اللّه إله واحد لا شريك له ولا ولد وأن محمدًا نبيه ورسوله أرسله اللّه رحمة للعالمين ، وأن اللّه أرسل أنبياءه ورسله وأنزل كتبه وجعل ختامهم بعثة محمد ﷺ والقرآن المنزل عليه فيه هدى للمتقين ، وآمنت بالغيب ، وبما جاء به الأنبياء والرسل وما نزل عليهم من وحي .

وإني أتوب إلى اللّه وأستغفره وأسأله جل شأنه أن يجعل هذا المؤلف خالصًا لوجهه جل شأنه ، يحييه إذا أماتني ويجعله حجة لي بين يديه أني بلّغت المسلمين وحكامهم أن يرجعوا إلى دينهم القويم ويحكموا به ويتحاكمون إليه ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴾ [المائدة : 47] .

اللّهم إني بَلغت فاشهد ، وأنت خير الشاهدين ، وصل اللّهم على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم .

اللّهم اغفر لي وسامحني واعف عني وتجاوز عن سيئاتي وأكرم نزلي عندك ، واقبلني قبولًا حسنًا يوم وحدتي ، ويوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى اللّه بقلب سليم وحسبي اللّه وكفى به وكيلا في حياتي ومماتي فنعم المولى ونعم النصير آمين .

ابتدأت هذا في 2/25 سنة 1940 ، واختتمته في 4/28 سنة 1948 فمدته ثمان سنين وشهران وثلاثة أيام .

معلومات

يطيب للمؤلف أن يذكر بعض ما صادفه مدة تأليف هذا الكتاب من رجال الأزهر حفظهم اللّه وأبقاهم وأثابهم وعفا عنهم ليكون على الزمن ذكرى ولمن يأتي بعدي عبرة واللّه خير الشاهدين .

مضت مدة وأنا في عراك شديد بيني وبين نفسي لوضع هذا الكتاب ، وكنت أتساءل كيف يمكن لمثلي أن يقوم بعمل ضخم دقيق يحتاج لوقت ولصبر وبحث واستقصاء ، وهل إذا أقدمت سأفلح وسيكون لعملي أثره الذي أرجوه وعلى الرغم من هذه الأسئلة ، وعدم استقرار نفسي تملكني الأمل ووثقت باللّه وهو القادر على كل شيء فأصبح هذا العمل عقيدة ، والعقيدة هي الحياة فتوكلت على اللّه للقيام بهذا الواجب لديني ، وهو خير الأديان ، ولتشريعه وهو خير كفيل بسعادة البشر في دنياهم وأخراهم .

وكنت أستعير المراجع من دار الكتب المصرية ومن مكتبة الأزهر ، وقد لاقيت ترحيبًا وإجابة لكل من تعاملت معه أو طلبت منه شيئًا . وكان ممن رجعت إليه في بعض نصوص رأيت أنها مخالفة لنص صريح في مذهب مالك ، وأنا موقن أن هناك قولًا لبعض مجتهدي المذهب خصوصًا الأندلسيين حضرة الشيخ محمد عبد الفتاح العناني شيخ السادة المالكية فلم يقنعني وإن كان حافظًا لمتن خليل . وبعد ترددي عليه عدة مرات عرض عليَّ أن نخبر حضرة شيخ الإسلام بهذا الموضوع الخطير وكان المرحوم فضيلة الشيخ محمد المراغي ، فقبلت مرغمًا لعلمي أن الأمر إذا انزلق إلى لجنة أو لجان أو وُكِل إلى غير أهل من المدَّعِين كان مآله الفشل والحبوط . فلما وصلت الإدارة لمقابلة فضيلة الأستاذ وجدت من الحاشية أسئلة كثيرة لماذا ولماذا كنت وحدك تقوم بهذا العمل وهو يحتاج إلى جماعة ؟! وأخيرًا بعد الخلوة بين الشيخين جاءني سكرتير الأستاذ الأكبر يخبرني بلطف أن الشيخ مشغول الآن ، وهو يريد مقابلتكم ، ومتى سمحت أوقاته سيتصل بكم . وهكذا لم أقابل الشيخ الأكبر حتى لاقى اللّه جل وعلا . وكان ما اعتقدته وأخبرت به الشيخ العناني . وللّه في خلقه شئون فدارت الأيام ، وعيِّن الشيخ بدل الشيخ ، ثم غيره ، وكان البرلمان المصري ينظر القانون المدني الجديد ، وكنت أظن أن الوقت

قد حان لاسترداد القانون وبحثه على ضوء التشريعات الإسلامية ، ولكن إرادة اللّه لم تتحقق وسارع مجلس النواب ومجلس الشيوخ إلى إبرامه وإصداره .

ولقد كتبت الجواب الآتي وأرسلته إلى حضرات :

فضيلة الأستاذ الأكبر شيخ الجامع الأزهر والمعاهد العلمية الدينية	رقم 8
فضيلة الأستاذ مفتي الديار المصرية	رقم 3
فضيلة الأستاذ وكيل الجامع الأزهر	رقم 9
فضيلة الأستاذ مدير عام المعاهد العلمية الدينية	رقم 7
فضيلة الأستاذ مراقب عام المعاهد العلمية الدينية	رقم 10
فضيلة الأستاذ شيخ ووكيل معهد الإسكندرية	رقم 4
فضيلة الأستاذ شيخ ووكيل معهد طنطا	رقم 5
فضيلة الأستاذ شيخ ووكيل معهد القاهرة	رقم 6
فضيلة الأستاذ شيخ ووكيل معهد الزقازيق	رقم 1
فضيلة الأستاذ شيخ ووكيل معهد دسوق	رقم 2

موصى عليه ونصه :

حضرة صاحب الفضيلة ....

السلام عليكم ورحمة اللّه وبعد ، فقد وجهت نداءً إلى علماء الإسلام في شخص فضيلة المرحوم الشيخ مصطفى عبد الرازق شيخ الإسلام نشرته مجلة الأزهر عدد صفر سنة 1366 هـ مجلد 8 وقد لاقى ربه في رحمته ورضوانه ، ولا زال هذا النداء موجهًا لفضيلتكم لأن أسبابه لا زالت قائمة .

والآن استصرخكم أن تلبوا دعوة اللّه إذا دعاكم للدفاع عن دينه ، فإن الأمر موجه إلى فضيلتكم في قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلرَّسُولُ بَلِّغۡ مَآ أُنزِلَ إِلَيۡكَ مِن رَّبِّكَۖ وَإِن لَّمۡ تَفۡعَلۡ فَمَا بَلَّغۡتَ رِسَالَتَهُۥۚ ﴾ [المائدة : 67] كما أنزل على صاحب الرسالة الأعظم . لقد سمعتم وقرأتم بحث القانون المدني بمجلس الشيوخ المصري ، ولم يبق على إقراره ليجب العمل به إلا هذه الدورة من هذه السنة ؛ وبذلك يتم إبعاد التشريع

الإسلامي نهائيًا عن تشريع البلاد ، وينتقل تشريعنا الحالي إلى قانون مأخوذ من ستة عشر تشريعًا وضعيًا من أمم مختلفة تتباين معنا في عرفنا وعادتنا وديننا وقوميتنا .

على أن القانون المعمول به الآن قد أُخِذ في أصله من تشريعين أو ثلاثة .

ليس هذا تجنيًا على واضعي القانون المدني الجديد ، ويكفي لمعرفة ذلك قراءة البند الثاني من المادة الأولى التي أهدرت التشريع الإسلامي ونصها :

(1 بند 2 - فإن لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) فقيَّد العمل بالتشريع الإسلامي بالأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون . فهي موجودة نصًّا لذر الرماد في العيون حتى تتم المؤامرة .

كيف تسمحون ولكم الرأي المسموع أن يكون دين الدولة الرسمي الإسلامي وقانونها المدني مأخوذ من ستة عشر تشريعًا وضعيًا ، هذا منتهى ما تقف عنده العقول ؟!

كيف تسمحون ولكم الرأي المسموع أن تكون مصر زعيمة الشرق ومنبع الإسلام والمحافظة عليه ويقصدها كل المسلمين ليغترفوا من أزهرها العامر ، ثم يكون حكمها بغير التشريع الإسلامي فماذا يقال عنا ؟! لا شك أننا متناقضون مع أنفسنا .

كيف نحتفل بالأعياد الإسلامية ، ونصوم ونصلي ، ونتحاكم بغير ما أنزل اللّه .

أيها السيد الجليل اجمعوا شملكم وطالبوا الحكومة بسحب القانون قبل حصول الطامة الكبرى على مصر كعبة الإسلام والمسلمين ، واعرضوه على جماعة العلماء ليقولوا كلمتهم .

لقد اتهم مشايخنا وقت عمل القانون المدني بأنهم فرطوا ، واللّه يعلم أنهم غلبوا على أمرهم ، ولكن ما ذنب العلماء اليوم فلا تخشوا الناس واللّه أحق أن تخشوه .

لقد أجمع القوم عزمهم على إمراره مهما كان الأمر وصموا آذانهم حتى عن سماع معارضيهم ، فليس إلا شيء واحد ينقذ الأمة الإسلامية ويعيد لها تشريعها الإسلامي . ذلك ملاذ الأمة وتاجها ورحاب مليكها المسلم الصالح ، فاستعيذوا

باللّه والجأوا لعرش الفاروق ؛ فإنه واللّه لا يخيب رجاء أمته فيه ، حفظه اللّه للإسلام والمسلمين ملاذًا وموئلًا أسمى مدى الأيام .

هذه دعوتي أبلغها إلى كل مسلم ومسلمة تصل إليه ، وإني أشهد اللّه أني بلغت واللّه خير الشاهدين .

والسلام عليكم ورحمة اللّه .

هذا ولم يحرك واحد منهم شيئًا ومر القانون وأصبح واجب النفاذ في التحاكم ، وهذا لا يدخل اليأس في قلبي ، وسيأتي وقت العمل بما شرع اللّه إن عاجلًا أو آجلًا ، وهو يوم عيدي في الأرض إن كنت حيًّا ، وعيدي في السماء إن كنت ميتًا وكفى باللّه شهيدًا .

المراجع الأساسية

لكتاب المقارنات التشريعية

1 - مختصر أصول القانون المدني لمؤلفه الأستاذ رينيه فوانييه (الطبعة الحادية عشرة سنة 1922 م طبعة باريس) .

2 - المجموعة الصغيرة لدالوز : للمسيو هنري بوردو (طبعة باريس سنة 1922) .

3 - مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء : لسيدي خليل أبي عبد اللّه محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب . وبهامشه التاج والإكليل لسيدي محمد بن يوسف بن أبي القاسم الشهير بالمواق (مطبعة السعادة بمصر طبعة أولى سنة 1329 هـ) .

4 - شرح العلامة الرباني : سيدي عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل (مطبعة محمد أفندي مصطفى سنة 1307 هـ القاهرة) .

5 - حاشية العلامة محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني على شرح الشيخ عبد الباقى الزرقاني (الطبعة الأولى ببولاق القاهرة 1306 هـ) .

6 - حاشية العلامة شمس الدين الشيخ عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لسيدي الدردير وبهامشه الشرح المذكور (الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية للخشاب سنة 1324 هـ) .

7 - المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس الأصبحي رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم (مطبعة السعادة بالقاهرة سنة 1923 م) .

8 - السياسة الشرعية للشيخ عبد الوهاب خلاف (طبعة القاهرة سنة 1350 هـ) .

تقريب السياسة الشرعية للسيد عبد اللّه جمال الدين (طبعة القاهرة سنة 1318 هـ) .

نبذة من تاريخ حياتي

سيد عبد اللّه علي حسين من تيدا مركز كفر الشيخ مديرية الغربية . ولدت في 5 مارس سنة 1889 م وحفظت القرآن بها فأرسلني والدي لطلب العلم بدسوق ، فانتسبت في سنة 1321 هـ وسنة 1901 م ، ثم نزحت للأزهر 1902 م وبقيت به حتى أخذت شهادة العالمية سنة 1917 م .

ثم اشتغلت محاميًا شرعيًا في طنطا وكفر الشيخ إلى سنة 1921 م . سافرت إلى ليون بفرنسا فدرست الحقوق الفرنسية بها ، ونلت شهادة الليسانس في سنة 1925 م .

وعدت إلى مصر واشتغلت محاميًا شرعيًا إلى سنة 1937 م ، دخلت خدمة الحكومة بإدارة المطبوعات بوزارة الداخلية مراقبًا لفرع الجرائد الشرقية ولا زلت به للآن ، ولا أدري ما اللّه فاعل بي بعد ذلك ، ولم أرزق ذرية للآن .

والحمد لله أولًا وآخرًا والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

كلمة مراجعي كتاب المقارنات التشريعية

على مذهب الإمام مالك « ﷺ »

الحمد للّه والصلاة والسلام على رسول اللّه وبعد فقد راجعت أحكام هذا الكتاب المأخوذة من مذهب الإمام مالك على حضرتي العالمين الفاضلين الأستاذين فضيلة الشيخ محمد أبو النور زهير الأستاذ بالجامعة الأزهرية (كلية الشريعة) المتخصص في الفقه المالكي والأصول ، وفضيلة الشيخ عبد السميع إمام الأستاذ بالجامعة الأزهرية (كلية الشريعة) المتخصص في الفقه المالكي والأصول .

وإني إن كنت أتممت كل أبحاث هذه المقارنات وحدي غير أني أتهم نفسي وما أنا إلا بشر يخطئ ويصيب ، واللّه يعلم أني ما نقلت حكمًا من مذهب مالك إلا بعد أن رأيته رأي العين ، فإن رأيت أن العلة تخالفه ذكرت ذلك وأبديت رأيي صريحًا ؛ لهذا رغبت أن يطمئن قلبي لما عملت بمراجعة أحكامه على حكامه ، وقد كانا – حفظهما اللّه – عند حسن ظني بهما فزاملاني ثلاث سنين حتى تمت المراجعة وقد تفضلا فكتبا إليَّ ما يأتي :

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد للّه رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد فإلى حضرة الأخ الفاضل الأستاذ سيد عبد اللّه علي حسين مؤلف كتاب (المقارنات التشريعية) .

أيها الأستاذ لقد أسعدنا الحظ أن راجعنا أحكام فقه الإمام مالك ﷺ التي أخذتها في مقارناتك النصوص القانونية الوضعية بالنصوص التشريعية الإسلامية فوجدناها عين

مسائله المنصوصة وأحكام فروعه المتنوعة فكنت الأمين الثبت في النقل المدقق لعلل الأحكام بمنطوق العقل ، تقف عند النص حيث تعتقده حقًّا تدافع وتصول ، وتذكر رأيك حيث تجد العلة تدور ، تحرر ما تناثر في شتى المواضع في خلاصة محبوكة .

أيها الأستاذ لقد فضحت قوة براهينك وكثرة اطلاعك ومنهل معينك باطل المتشرعين الوضعيين ، وأظهرت زيفهم وبهرج تقنينهم بما أخذوا عن التشريع الإسلامي ونسبوه لأنفسهم ، والله يعلم إنهم لكاذبون . فوضعت الحق في نصابه والسيف في قرابه ، وأبنت مكانة التشريع الإسلامي كالطود الشامخ لمن كان له قلب يعي وأذن تسمع ، ولقد بلغت حقًّا ما وجب عليك لدينك ولوطنك ولبلاد الإسلام كافة .

أيها الأستاذ هذا عمل فرد تنوء تحت حمله الجماعة ، وإنه بلا شك آثار قدرة الباري فيك ، فلك الله يجزيك عن الإسلام والمسلمين أحسن الجزاء ، وهو القادر أن يجعل عملك العظيم من الله وإلى الله وأن يتقبله منك ويكرمك بفضله ويشملك بحلمه ويوفقنا وإياكم لما فيه خير الدارين إنه سميع قريب مجيب .

والسلام عليكم ورحمة الله .

محمد أبو النور زهير

المدرس بكلية الشريعة – بالقاهرة

والمتخصص في الفقه المالكي والأصول

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة والسلام على رسوله الأمي الأمين سيدنا محمد المبعوث بالشرع القويم والصراط المستقيم صلى الله عليه وآله وصحبه والتابعين .

وبعد :

حضرة الأستاذ العالم البحاثة الغيور سيد أفندي عبد الله علي حسين .

لقد أتحت لي فرصة سعيدة بأن هيأت لي الاطلاع على كتابك الجليل (المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي) وإني طالما تشوقت نفسي إلى الاطلاع على مثله ، وكنت أتمنى أن أرى طائفة من علماء الإسلام يقومون بنشر أبحاث من المقارنات تبين للناس مركز هذه الشريعة السماوية

من تلك القوانين الوضعية حتى يتبينوا بعض مزايا الإسلام ، فلما طال الانتظار حتى أوشك الصبر أن ينفد واستفحل شر الشُّبه بين الناس واستأسد حتى كاد يغلب الحقَّ باطلُه . حينئذ أراد اللّه أن يقيض لدينه من ينصره ليظهره على الدين كله ولو كره الكافرون ، فكان أن ألهمك أيها الأستاذ أن تقوم بهذا العمل المشكور والصنيع المذكور وبهذا كنت واحدًا ممن صح فيهم البيت المأثور :

والناس ألف منهمو كواحد وواحد كالألف إن أمر عُني

أيها الأخ لقد تناولتُ الكتاب بالمطالعة فوجدته عمل فردٍ لكنه قام مقام المجموع ، ثم أخذته بالمراجعة فرأيته صنعة رجل أخلص لله فأرضى الجميع .

أراه شفى النفس مما بها وأدنى مناها إلى بابها
وطوح باليأس عن سربها وكادت من اليأس يودَى بها

وفي الحق إنه مؤلف يعد في عالم التأليف فتحًا مبينًا وكنزًا ثمينًا تشعر النفس باطمئنان إلى دقة أبحاثه ، وتحس الروح بلذة في تتبع مقارناته ، ويلمس القارئ فيه طول باع مؤلفه ويدرك سعة اطلاعه على أقوال الفقهاء ذلك إلى تحريه في الأحكام وسعة صدره في المناقشة مع تبيان ما هو أحق بالاتباع وأجدر أن يكون ملائمًا للطباع وأحرى أن يعود بالنفع العام على المتعاملين من سائر الآنام .

فاشكر اللّه أيها الأخ أن جعلك من المؤيدين لدينه والمظهرين لحججه وبراهينه والمصدقين لقوله تعالى : ﴿ سَنُرِيهِمْ ءَايَٰتِنَا فِى ٱلْءَافَاقِ وَفِىٓ أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ ٱلْحَقُّ ﴾ [فصلت : 53] .

وهنيئًا لك . إن كتابك هو السابق وسواه لاحق ، وحسبك أن قد أبان للناس كافة ضلال ما يزعمه المتشرعون الوضعيون من أنهم قد أتوا بجديد يلائم تطور الأيام ، واخترعوا أحكامًا تناسب مصالح الآنام ، واللّه يعلم إنهم لكاذبون ، وأنهم من شريعته يسرقون ما يحدثون ويستخفون من الناس ولا يستخفون من اللّه وهو أعلم بما يسرون وما يعلنون .

فجزاك اللّه عن عملك هذا خير الجزاء ، وهيأ له من الناس ما هو أهل له من القبول وحسن الثناء .

والسلام عليكم ورحمة اللّه .

عبد السميع إمام

تقاريظ

جاءني من حضرات الأجلاء الأفاضل العلماء ما يأتي أثبته حسب وروده إليَّ ، وإني أشكرهم لما تفضلوا به . جزاءهم اللّه أحسن الجزاء ، ووفقني وإياهم لما فيه طاعته ورضاه ، إنه عليم قدير وبعباده لطيف خبير .

(1)

سيدي الأستاذ المفضال سيد عبد اللّه .

أحمد إليك اللّه تعالى ، وأصلي وأسلم على سيدنا محمد النبي الأكرم ، وأحييك بتحية الإسلام فالسلام عليكم ورحمة اللّه وبركاته .

ثم أمَّا إنك قد جهدت أشد الجهد في استخراج هذه « المقارنات التشريعية » ، وركبت إليها الصعب الجامح ، وتحريت بها الغاية البعيدة ، فهذا ما لا سبيل إلى إنكاره أو الشك فيه .

وأمَّا أن اللّه سبحانه مهيء لك في ظلال رضوانه مكانًا ممتازًا لقاء ما ساورت الكَرَى ، وحرمت على نفسك ما أحله الناس لأنفسهم من الدعة والإخلاد إلى الفراغ فذلك ما لا يكون لأحد أن يشك فيه إلا إذا كان له أن يشك في قول اللّه تعالى : ﴿ فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ ۝ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُۥ ﴾ . [الزلزلة : 6 ، 7] .

وأما أن هذه المقارنات الجليلة سوف يتلقاها الناس بما هي له أهل من عظيم الشغف بها لشدة الافتقار إليها ، ومن جميل التقدير لها لجليل آثارها في حياة أمتنا الإسلامية فهو ما رجوت اللّه مخلصًا أن يكون .

لقد كنت منذ خمسة عشر عامًا أو يزيد أطوف في المدائن والقرى مع نفرمن الدعاة إلى الاعتزاز بالإسلام والاحتكام إلى مبادئه وشرائعه . وكان التشريع الإسلامي هو محور أحاديثنا وهدف خطبنا وغاية تجوالنا ، وكنا نروي للناس كلما التقينا بهم أنهم يغاضبون ربهم ويعقون دينهم ما داموا هكذا عاكفين على الخضوع للاشتراعات الأجنبية يحكمونها في أنفسهم ، ويرتضونها لأمتهم ، وما أكثر ما كنا نروي لهم مثل قول القرآن الكريم : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ

فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾ [النساء : 65] ومثل قوله : ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَـٰفِرُونَ ﴾ [المائدة : 44] ، ولقد أذكر أن طلابًا من طلاب الأزهر أضربوا عن تلقي الدروس حتى تجاب مطالبهم ، وكانت هذه المطالب يومئذ محصورة في تحكيم التشريع الإسلامي في البلاد .

وكان العقلاء يرون استعمار الغرب للشرق ألوانًا وضروبًا أهونها شأنًا وأقلها خطرًا وأيسرها زوالًا هو الاستعمار العسكري ، فأما الاستعمار التشريعي فهو الخليق بالمقاومة ؛ لأنه الآخذ القوي بمخانق الحرية الحق والاستقلال الصحيح .

ومع أننا كنا نكفر المنصرفين عن تحكيم الإسلام إلى تحكيم قانون نابليون ، ومع أننا كنا نسفه الذين يزعمون لهذه الأمة أنها سوف تدرك حريتها إذا جلا الغاصب القوي عن ديارها وإن بقي في أعناقها غُلُّ الاستعمار التشريعي .

مع هذا وذاك كنا نتلفت إلى هذا القانون الإسلامي المفصل فلا نرى له أثرًا ، فكنا نصدر في تعصبنا للإسلام عن العواطف والرغبات لا عن حقيقة علمية واضحة ، ولا عن مقارنة تشريعية مفحمة ، حتى جئت أنت يا سيدي الأستاذ المفضال فأعطيت الناس هذا السلاح العلمي يشرعونه في وجوه الضالين والمكابرين ، فلئن كان أهل الدعوة إلى التشريع الإسلامي يستوحون قبل اليوم عاطفة غالية ويقولون قولًا غامضًا ، إنهم اليوم ليقولون قولًا واضحًا ويعتمدون حقيقة علمية ناصعة .

ومن هنا جاء عملك عظيمًا ، ونرجو أن يجيء ثواب اللّه لك على قدر عملك مقدورًا مشكورًا . وتفضل فتقبل خالص تحيتي واحترامي .

21 ربيع الأول سنة 1367

أول فبراير سنة 1948

أحمد حسن الباقوري

من علماء الأزهر

ووكيل معهد القاهرة الديني

(2)

حضرة صاحب الفضيلة الأستاذ الجليل سيد أفندي عبد اللّه .

السلام عليكم ورحمة اللّه وبركاته « وبعد » فقد عرفتك منذ زمن ليس بالقصير فلمست فيك الصراحة وقوة الإيمان والإخلاص للحق ... والغيرة الشديدة على الدين الإسلامي وتشريعه الأغر ؛ وأكبرت فيك هذه السجايا الكريمة والأخلاق الفاضلة ؛ وزادني إكبارًا وإجلالًا لك هذا النشاط العلمي الذي رأيتك عليه منذ وهبك اللّه نعمة المعرفة ؛ لقد توجت المكتبة العربية ورفعت رأس المسلمين عاليًا بهذا المؤلف النفيس الذي يعتبر بحق فريدًا في موضوعه جديدًا في أسلوبه مع دقة في البحث وقوة الحجة والمنطق ؛ ألا وهو كتاب «المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي » فلقد بذلت فيه مجهودًا ضخمًا تنوء به العُصْبة أولو القوة . والواقع أن هذا الكتاب أبان في وضوح وجلاء الأهمية العالمية للتشريع الإسلامي وصلاحيته لكل زمان ومكان ، وكيف كان المنهل العذب الذي استقى منه المتشرعون الأجانب تشريعاتهم ؛ وأن ادعاءهم الاستقلال في قوانينهم الوضعية دعوى باطلة ، وقول هراء؛ وإنك بهذا المؤلَّف العظيم قد كشفت الحجب والأستار عما كان يحيط بالتشريع الإسلامي في الماضي من خفاء وأظهرته في ثوبه الحقيقي ومدى مسايرته للزمان طوال هذه الحقبة الواسعة في تاريخ الإسلام حتى استطاع أن يبقى صامدًا أمام التيارات الجارفة والعدوان المتكرر في قوة وثبات .

أيها الأستاذ : لقد أتى على الناس - قبل ظهور كتاب المقارنات - حينٌ كانوا يعدون فيه من ينادي بإحلال التشريع الإسلامي محل القوانين الوضعية خياليًا ، وربما كان لهم عذرهم ، وأما الآن بعد أن ظهر هذا الكتاب ، فلا عذر لهم فقد مهِّدت السبل وأصبح الحلال بينًا ، والحرام بينًا .

وإن كتابًا هذا فضله وتلك منزلته لجدير بالتقدير والاحترام ، لا غنى لعلماء القانون عنه عامة ولدارسي الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي خاصة ، ومؤلفه المفضال يستحق من الجميع الشكر والثناء وأطيب الجزاء . فسلام عليك في العلماء العاملين ، وسلام عليك في المخلصين المجاهدين والذائدين عن دين الإسلام كيد الكائدين . أكثر اللّه من أمثالك ومنحك الرضا والقبول وأجزل لك الثواب ومتعك

بموفور الصحة والعافية ، وتقبل أسمى احتراماتي وشكري وتمنياتي الطيبة والسلام .

المخلص

عبد الفتاح علي شحاتة

المدرس بكلية أصول الدين

أستاذ التاريخ الإسلامي

بالجامعة الأزهرية

(3)

بسم الله الرحمن الرحيم

أحمد اللّه وأصلي وأسلم على نبيه .

وبعد فإني اطلعت على بعض موضوعات في كتاب المقارنة بين الفقه المالكي والقانون الفرنسي الذي دبجته يراعة صديقي الأستاذ صاحب الفضيلة السيد عبد اللّه علي حسين فعثرت على الضالة التي طالما نشدتها ، ووجدت الفكرة التي كثر ماتمنيتها وكان هذا من فضل اللّه على الفقه والمشتغلين به .

ذلك بأن المبطلين الذين ينتسبون إلى الرأي الصواب وليسوا من أهله اتهموا الفقه مرة بأنه مستمد من التشريع الروماني ، ورجموه أخرى بأنه جامد لا يصلح لحل مشاكل الناس والوفاء بحاجاتهم في هذا الزمان ، وكان قصارى ما ندفع به أن هذا كذب وبهتان بشهادة القرآن ، وربما لا يروج هذا الدفاع إلا بين المؤمنين بالقرآن وأحكامه ، أما الآن فقد ظفرنا بالحجة الدامغة والبرهان العملي الذي يخرس كل لسان ويقنع كل ذي بيان . فهذا الكتاب الجديد بما بينه للناس من اتفاق الفقه المالكي والقانون الفرنسي في الكثرة الغالبة من أحكامهما حجة على أن الفقه وبخاصة المالكي العربي المدني هو أصل القانون الفرنسي ؛ لأن الثابت هو اتصال الفرنجة بفقهاء المسلمين لما فتح الآخرون الأندلس وغزوا جنوب فرنسا ، ثم أخذ الفرنجة هذه البلاد وانتفعوا بمعارف المسلمين من الفقه وغيره ولم يثبت عكس هذا .

وهذا الكتاب الجديد برهان على أن الفقه مرن وصالح لقضاء مصالح الناس في كل زمان ومكان ؛ لأن هذا مسلم عندهم للقانون ، ومتى ثبت أن الفقه أصله

لزمهم أن يسلموا بهذه الحقيقة له . وهنا يطيب لنا أن نقول لفقهاء القانون : إن عربيتكم ووطنيتكم تفرض عليكم أن ترجعوا إلى هذا الفقه لتنقلوا آراءه عن أجدادكم الذي هو تراثهم وإنتاج أفكارهم ، وحرام عليكم أن تعطوا الحق لغير أهله فتنقلوا هذه الآراء عن دانتون و لادستون وشيرون ، وهي في الواقع لمالك وابن القاسم وابن وهب وسحنون وخليل والحطاب وغيرهم . إن هؤلاء الذين ملأت قلوبهم الغيرة فراحوا يمصرون أو يعربون المصالح والمصانع والشركات عليهم أن يغاروا قبل ذلك على تراث أجدادهم الذي انتحله غيرهم زورًا ثم راحوا يدعون لنفسهم الفقاهة والبراعة في التقنين . ويطيب لنا أيضًا أن نقول لأولي الأمر : إن عليكم أن تباعدوا عن هذه المفخرة الكبرى التهمَ والظنونَ ؛ فإن هذا الفقه ككل كائن حي يحتاج إلى ما يغذيه وينميه ، وما غذاؤه إلا الإفتاء والقضاء بأحكامه حيث تسنح الفرصة لأولي الرأي من القضاة والمفتين والمحامين أن ينثروا مكنونه ، ويقلبوا في بطون كنوزه فيجدوا الحلول المناسبة ويستنبطوا ويخرجوا . والآن وقد وقفت عجلة الفقه ردحًا من الزمان فلم يعد يفصل به في القضايا والمنازعات ولم تعد تعمل فيه أفكار القضاة والمفتين كما جرت بذلك سنة التجديد فقد وجد أولو الأغراض والشهوات الباب مفتوحًا للاتهام والتقول . فيا علماء القانون ويا جبابرة الفكر أنتم الآن تشيدون لغيركم وترفعون مجد الأجانب بأيديكم فشيدوا فيما تملكون ومجدوا تليد أجدادكم بطريف أفكاركم ، والله يجزي العاملين . وبعد فإن هذا الكتاب الذي يقدمه صديقنا الأستاذ عمل عظيم وجهاد كبير له آثاره الجلّي في أوساطنا الفقهية القانونية عمل لا يمكن أن تقوم به إلا شخصية جمعت بين الحظين واستكملت الثقافتين : الثقافة الأزهرية الفقهية ، والثقافة الأجنبية القانونية ممن يقل نظائرهم بيننا في هذه الأيام . لهذا أرجو أن يكون هذا الكتاب فاتحة موازنات في الفقه والقانون يُظْهر المؤلِّف بها الناسَ على عدالة الفقه وسماحته ، ويشهدهم على نبله وسداده . أسأل الله أن يوفقنا إلى إعلاء كلمة الفقه والمحافظة على تراث الأجداد .

أحمد فهمي أبو سنة

المدرس بكلية الشريعة

(4)

كلمة شيخ كلية اللغة العربية

تحريرًا في 24 من جمادى الأولى سنة 1367 – 4 من إبريل سنة 1948 .

الأخ الأعز الأستاذ السيد عبد اللّه .

السلام عليكم ورحمة اللّه وبركاته وبعد :

فقد اطلعت على مجهودكم العظيم في كتابكم (المقارنات التشريعية بين القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك ﷺ) وإني مع عظيم شكري على إهدائكم هذه البحوث النفيسة فإني أحيي فيكم هذا الروح الطيب في الذود عن التشريع الإسلامي والتنويه بفضله وبث مزاياه ، وكشف النقاب عن حقائق طالما حجبتها عن الأنظار غشاوة الزيف الغربي والغرور به .

فجزاكم اللّه عن دينكم وأوطانكم خير ما جازى العاملين المخلصين .

والسلام عليكم ورحمة اللّه

عبد الجليل عيسى

(5)

كلمة تقدير وإعجاب

قليل من الناس من يستطيع تأدية واجبه نحو وطنه وعقيدته ؛ لأن الواجب أمانة وهي حمل ثقيل ينوء به أولو العصبة . والأستاذ السيد عبد اللّه حسين رجل من رجالات قلائل استطاع بثقافته الدينية وبما أضافه إليها من معلومات جديرة بالإعجاب والتقدير أن يكبح جماح المندفعين وراء الماديات ، وأن يلفتهم إلى ما في دينهم من أسس وقواعد تكفل الخير والسعادة لكل من تمسك بأهدابها وسار في طريقها الأحب المستقيم . وإن سِفْرَه القيم الذي ألفه في المقارنات بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية لشاهد عدل ولسان صدق على أن الإسلام دين عام خالد يصلح لكل زمان ومكان ، وما صرف الناسَ عنه إلا جهلُهم به وطغيانُ المادة على النفوس وانتشار الإلحاد بين الأوساط التي ضلت السبيل فأضلهم اللّه ، وأن

كل ما هو مدون في القوانين الوضعية يمكن رده إلى الشريعة الإسلامية لما تضمنته من مبادئ سامية تعرضت لكل شيء ، وأحاطته بسياج من العدالة والإصلاح .

وإن من يتصفح كتاب « المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي » يعتقد بحق أن الشريعة الإسلامية معين لا ينضب لكل من أراد الخير والإصلاح للفرد والجماعة . وإن الباحث ليستطيع أن يجد لكل مشكلة حلًّا ولكل ظمآن ريًّا فعسى أن يكون ذلك السفر فاتحة عهد جديد للمصلحين والمفكرين يتجهون بأفكارهم وأبحاثهم إلى الشريعة الإسلامية يستخرجون لآلئها وينشرون رواءها ليستظل به كل من أغوته الحياة المادية واستولى على نفسه سلطانها .

على أن لي رجاء أتقدم به إلى حضرة المؤلف إتمامًا لفائدة يعلق عليها كل من يشتغل بالقانون المقارن كبير أمل ، ذلك أن يكون للناحية الجنائية نصيب من مجهود عزّ على غير المؤلف أن يبذله أو أن يتخذ إليه طريقه ، فقد استطاع بما تفرد به من أسلوب في البحث وطريقة في العرض أن يخرس الألسن التي طالما تناولت العلماء بأنهم يعيشون على هامش الحياة ؛ لأنهم لا يصلحون أولا تصلح ثقافتهم لمجاراة التطور الاجتماعي من تشريع وتقنين ، ولذلك تخلفوا عن الركب وفاتتهم القافلة . فلا عجب إذا ما أصبح بهذا العمل الجليل النافع مدرسة جديدة للبحث العلمي المنتج في غير تعقيد أو التواء والعرض الحسن اللبق بأسلوب سلس جذاب وعبارة سليمة أخاذة تجافت عما اشتهر به معظم كتب المتأخرين في الفقه الإسلامي وما يتصل به ، وإنه لمجهود جبار ، لصاحبه ممن اطلع على مؤلَّف كلُّ تقدير وإعجاب وإكبار ، وله من اللّه جزيل الثواب واللّه لا يضيع أجر من أحسن عملا .

عبد الرحمن حمزة

إجازة القضاء الشرعي وسكرتير مدير الأزهر

ومن علماء الأزهر الشريف

شكر وتقدير

الشريعة الإسلامية هي ذلك القانون السماوي الخالد الذي أراد اللّه أن يكون خاتمة القوانين التي تنتظم بها شئون الخلق في عبادتهم ومعاملاتهم وفي معاشهم ومعادهم ،

وقد حقق هذا القانون الهدف الذي قصد به ونجح في تنظيم الجماعات التي استضاءت بنوره واهتدت بهديه فكفل لها حقوقها ووفر لها أمنها وسعادتها .

وأصول هذا القانون هي كتاب اللّه وسنة رسوله والإجماع والقياس . وفروع هذا القانون ذلك التراث الفقهي الإسلامي الذى جادت به قرائح الأئمة والمجتهدين من بعدهم ، والذي يعد بحق مفخرة البشرية في التشريع . يعرف ذلك من وُفِّق لدراسته والوقوفِ على مقدرة هؤلاء الأئمة والمجتهدين في حق الاستنباط وقوة الدليل والتطبيق . وقد دونت هذه الذخيرة الفقهية بلغة العصر وأسلوب العصر الذي دونت فيه .

وقد تطورت بعد ذلك اللغة وتطور التشريع وتطورت أحوال الأمم عامة لهذا صعب فهمها على من لم يمارسها في كتبها ومن لم يألف أساليبها ؛ فبدت غريبة . وزادها غرابة ضعف الروح الدينية في أكثر المجتمعات الإسلامية والفهم للقوانين الأجنبية واصطناعها في المحاكم والتأليف . وبلغ من غرابة الفقه الإسلامي لدى بعض المسلمين أن حسبوا أن الفقه الإسلامي ما هو إلا مجموعة من العبادات والأحوال الشخصية . أما المعاملات والجنايات والحدود وما إلى ذلك فليست من الفقه الإسلامي ، وبالتالي ليست من الشريعة الإسلامية .

لذلك كان على العلماء وبخاصة من وفقهم اللّه للجمع بين الثقافة الفقهية الإسلامية والثقافة القانونية الأجنبية أن يصححوا ذلك الخطأ ، ويكشفوا للناس عن قيمة الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي كمصدر لكثير من القوانين في المعاملات وغيرها وأن يبينوا الصلة بين الشريعة الإسلامية وبينها ، وبخاصة القانون الفرنسي الذي هو أصل للقانون المصري وغيره من القوانين . ولقد أحس بهذا الواجب الأستاذ الشيخ سيد عبد اللّه فندب نفسه لهذه المهمة ، يدفعه إليها إيمانه الصادق وغيرته القوية على الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي ، وألف كتابه « المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي » قارن فيه بين القانون الفرنسي وبين فقه الإمام مالك ﷺ في المعاملات .

وقد سُبِق المؤلف بمحاولات أو مؤلفات من هذا الموضوع إلا أنها كانت محاولات أو مؤلفات في موضوعات خاصة من فقه البيع أو الرهن .

أما المقارنة في موضوعات المعاملات من الفقه الإسلامي عامة فلم يسبقه بها

مؤلف . وبهذا انفرد المؤلف في تأليفه ، وبهذا استحق أن يُفْرد بالثناء والإعجاب .

أَنَّى يفي الثناء بحق مؤلف قضى في تأليفه سنوات ، وراجع ما شاء اللّه أن يراجع من كتب الفقه والقانون التي اقتضاها مؤلَّفه هذا ، فجاء كما أراد تبيانًا لفضل الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي ، وإفحامًا للجاهلين والمتجاهلين مكانها بين الشرائع والقوانين .

وليس يعرف فضل الأستاذ في عمله وما لاقاه في سبيله من بلاء وما صادفه من جهد وعناء إلا اللّهُ ، ثم الذين عانوا مثل ما عاناه . وحسبه من هؤلاء حسن الثناء ومن اللّه واسع الفضل والجزاء .

وأخيرًا أشكر للأخ المؤلف فضله بإهدائي مؤلَّفَهِ ، وأسأل اللّه أن يوفقه فيما اضطلع به من بيان ما في الشريعة الإسلامية من حِكَمٍ وأحكام هما للبشرية السعادة والسلام .

أبو الوفا المراغي
مدير المكتبة الأزهرية
ومن علماء الأزهر الشريف

المقارنات التشريعية

أنا من الذين يقولون بسمو الشريعة الإسلامية على جميع الشرائع الوضعية ، لا تأثرًا مني بعامل العقيدة الوراثية ، ولكن بعد مقارنات كثيرة أودعتها مؤلفات لي طبعت طبعات عدة ، وترجمت إلى كبريات اللغات الشرقية ، فإن كنت أكتب رأيي في الكتاب الذي بين يديَّ الساعة (المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي) للعلامة الأزهري الأستاذ سيد عبد اللّه الحائز لشهادة الليسانس في الحقوق الفرنسية ، فإنما أفعل ذلك عن اقتناع شخصي عانيته سنين كثيرة .

نعم إني لم أقارن فرعيات الأحكام بعضها ببعض ، ولكني قارنت بين الأصول الأولية التي تقوم عليها الشرائع الوضعية وبين الشريعة الإسلامية ، فجاء فضيلة الأستاذ سيد عبد اللّه مكملًا لأطوار هذا البحث ، وسالكًا به طريقه العملي ، فزاد كل ما تقدم من درجات هذه البحوث نورًا ، وجاء كتابه الضخم الذي يقع في أربعة مجلدات منارة قوية الضوء يستهدي بها كل من يحوم حول هذه البحوث ، فضلًا عن أنه يمد جماعة من مستشارينا القضائيين الذين يعملون على اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدرًا للتشريع بأدلة قاطعة على حقيقة ما يذهبون إليه .عُرف علماء المسلمين من أول عهد هذا الدين بالأعمال التي تُنعَت في عرف الكتاب المعاصرين بالجبارة ، فمنهم من كان يحفظ مائة ألف حديث بأسانيدها ، ومنهم من كان يحفظ المعجم اللغوي كله ، ومنهم من قُسِّمت مؤلفاته على أيام حياته فأصاب كل يوم من عمره ثماني صحائف ، ومنهم من وضع دائرة للمعارف ، ولم يُعرف هذا الضرب من التأليف قبله ، ولا عُرف بعده إلا بنحو ثمانمائة سنة ، ومنهم من قرر اشتقاق الأنواع المعدنية والنباتية والحيوانية بعضها من بعض بواسطة الفواعل الطبيعية وأحوال البيئة قبل أن يوجد لامارك وداروِن بنحو ألف سنة .

ويصح اليوم أن نقول : ومنهم من قارن جزئيات قانون دولة عظيمة برمته بما ورد منها في مذهب من المذاهب الإسلامية على شدة مراس هذا العمل ، وعدم المنشطين عليه فكان بعمله هذا مقيمًا من طريق اللزوم دليلًا محسوسًا على أن الشريعة الإسلامية يمكن أن تطبق على أرقى أمة أوروبية ، وهذه ثمرة تناسب

المجهود الضخم الذي يبذله في الحصول عليها بعض كبار مستشارينا القضائيين .

★★★

بدأ العالم العلمي يشعر منذ عهد ليس ببعيد بأن الشريعة الإسلامية جديرة بالتقدير ، بعد أن كان يحسبها مجموعًا من العادات البدوية ، والتقاليد الصحراوية ، وكان أهون ما قيل فيها : إنها منقولة عن الشريعة الرومانية التي كان يستأنس فقهاؤهم بأحكامها في العراق وسورية . وقد رسخ في أذهانهم هذا الحكم حتى كان يصعب صرفهم عنه ، لولا أن عددًا من مستشرقيهم الذين درسوا اللغة العربية كما درسوا الصينية والهندية وغيرها بحثًا عن أصولها وفروعها ، وقراباتِ بعضِها لبعض دفعتهم طبيعة بحوثهم إلى دراسة الفقه الإسلامي وأصوله ، فرأوا أنهم حيال مصادر مستقلة تنتهي إلى الكتاب والسنة وكثيرًا ما تناقض أصول الفقه الروماني ذهابًا منها صوب المُثُل العليا .

وكان مما نبه أذهان مشترعي أوروبا إلى استقلال الفقه الإسلامي معاملة الحكومات الإسلامية الأولى لرعاياها من الأجانب عن دينها ولغتها وجنسها معاملة لحمتها وسداها العدالة المثالية .وجرت الدولة التركية التي بلغت قمة العظمة الدولية في القرون المتأخرة على ذلك فاقتدت بسلف هذه الأمة في معاملتهم ، مخالفة بذلك ما كان الرومانيون عليه من اضطهاد الأجانب عن دينهم وجنسهم اضطهادًا كان مضرب الأمثال في مجافاة الحقوق الإنسانية .

ومما دل دلالات محسوسة على ترفع الشريعة الإسلامية عن الأخذ من الشريعة الرومانية ، ومن كل شريعة سابقة عليها الحقوق التي منحتها للنساء .وهذه الناحية أقوى في الدلالة على استقلالها من جميع الدلالات السابقة .وقد كان العرب الجاهلون لا يعترفون للمرأة بأدنى حق ، بل كانت لديهم تورث بعد موت زوجها وتباع بيع الأمتعة .فإذا كان المشترعون الإسلاميون أخذوا أخذ مشترعي روما لما متعوا المرأة بكل الحقوق التي متعوها بها حتى ساووها بالرجال في فصم عقدة النكاح إن اشترطت ذلك في عقد زواجها .وهذا حق لم تنله المرأة الأوروبية إلى اليوم ، بل هي لم تنل ما للمرأة المسلمة من حق الاستقلال في إدارة أملاكها ، والتصرف في أموالها دون أن يتوقف شيء من ذلك على إذن من أبيها أو زوجها .

هذه الشئون كان لها تأثير كبير في لفت النظر إلى الشريعة الإسلامية ، وفي تقرير أن المشترعين المسلمين لم ينقلوا شريعتهم عن الرومانيين ولا عن غيرهم .

ومما زاد في لفت نظر المشترعين العالميين بسمو الشريعة الإسلامية : اعتبارها العدالة أصلًا عامًّا لا يتأثر بالاعتبارات . فكما قررَتْ أنه لاحق لك في أن تظلم مسلمًا أو مسلمة مهما كانت حالتهما المادية والمعنوية ، كذلك قررَتْ أن لا تظلم إنسانًا آخر لأي اعتبار من دين أو جنس أو لغة ، ولا أن تظلم نفسك ، ولا أن تظلم حيوانًا كذلك . وهذا الوجه الأخير لا يوجد في أية شريعة في العالم . قال النبي ﷺ : « دخلت امرأة النار في هرة حبستها ، فلا هي أطعمتها ، ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض » .

وبسبب إطلاق الإسلام لمبدأ العدل اضطر مشترعو المسلمين إلى تعيين حقوق للحيوانات يطالَب بها مقتنوها ، وترفَع عليهم الدعوى بسببها إذا وقع منهم أي ظلم عليها . فإليك ما جاء في كتب الشريعة الإسلامية :

« يجب على صاحب الدابة شرعًا أن يعلفها إن لم تكن ترعى ، وإن كانت ترعى يجب عليه أن يرسلها حتى تشبع وتروى ، ولكن بشرط أن يكون بمحل الرعي ماء ، وأن لا يكون به حيوانات ضارية تعدو عليها . فإن كانت بطبيعتها تكتفي بأحد هذين النوعين في التغذي الرعي أو العلف ، كان له الخيار في قصرها على أحدهما ، فإن كانت لا تكتفي إلا بهما معًا : وجب عليه القيام لها بهما معًا . وإن احتاجت البهيمة للماء وليس معه من الماء إلا ما يكفي لاغتساله أو وضوئه وجب عليه أن يسقيها ذلك الماء ويتيمم .فإن امتنع عن علف الدابة أجبر فيما يؤكل منها على بيعها أو ذبحها . فإن كانت الدابة مما لا يؤكل لحمه أجبر على بيعها صيانة لها من الهلاك . فإن خالف في ذلك فعل الحاكم ما تقتضيه المصلحة . فإن كان له مال بيع لينفق منه على علف الدابة؛ فإن تعذر كل ذلك تولى بيت المال الإنفاق عليها » .

هذه أبدع صورة لتمثيل العدالة في الإسلام مما ليس لدى أمة من أمم الأرض ما يقاربه ، ويدل على أنها ستبقى بعد تلاشي جميع شرائع الأرض .

بقيت أمامنا مسألة يجب أن نوفيها حقها من البحث وهي هل القانون الفرنسي

مأخوذ من الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ﷺ .

نقول أولًا ما يأتي :

يصعب علينا أن نجيب بالإيجاب على هذه المسألة مع شدة التقارب بينهما ، ولنا في تعليل هذا التقارب وجه هو أعظم دلالة على إلاهية الشرع الإسلامي من أن يثبت أنه كان مرجعًا لجميع شرائع العالم .

ذلك أن انتشار الإسلام ذلك الانتشار الذي أدهش العالم ، وسر بقائه إلى اليوم قويًّا راسخًا يرجع إلى ما نعته به موحيه جل وعز من أنه دين الفطرة الإنسانية ، وأن أساسه العقل ، ومعتمده الدليل ، حتى قال أئمته : لو بحث باحث عن دين وشريعة مستهديًا بمحض فطرته البشرية ، وعقله الناضج ، مع الاعتماد على الدليل القاطع ، لوصل إلى الإسلام وإلى شريعته من أقرب طريق إليهما . فلا غرو أن يهتدي المشترعون الذين عهد إليهم نابليون ، وهم من فحول الفنون التشريعية ، وأراكين العلوم الاجتماعية بسلامة فطرهم ، ونضج عقولهم ، وسعة اطلاعهم إلى وضع قانون يخيل إلى المطلع عليه أنه مقتبس من الشريعة الإسلامية . ويكون ذلك دليلًا محسوسًا على صحة القول المأثور وهو أن الإنسان لو ترك وفطرته ، ووُكِل إلى عقله السليم ، لتهدَّى إلى الإسلام وشريعته . وإني أرى أن هذا الوجه في تأويل التوافق بين شريعتي نابليون والشريعة الإسلامية على مذهب مالك أجدى على الشريعة الإسلامية في الدلالة على إلاهيتها من التأويل الأول ، وهو أن يكون مشترعو نابليون قد أخذوا قانونهم من مذهب مالك ونسبوه إلى أنفسهم .

ونقول ثانيًا ما يأتي :

إن ما جاء به مؤلف كتاب المقارنات التشريعية من الأدلة القاطعة من التاريخ ومن نفس النصوص الشرعية يكفي لإثبات أن التشريع الوضعي مأخوذ من التشريع الإسلامي (مذهب مالك ﷺ) .

وبعد فإني أخشى أن أكون قد قصرت في توفية فضيلة الأستاذ مؤلف كتاب (المقارنات التشريعية) حقه من الثناء والإعجاب بما تخيره من العمل ، فإننا في هذا الدور من الانتقال السريع في حاجة إلى من يقف في مضطرب وجهات النظر بما لديه من وجوه الإصلاح . وإن أول ما يجب على أمة تتحرى أن تسلك السبيل

السوي من بين السبل المضلة لإيصالها إلى غايتها المنشودة من الحياة الطيبة ، هي أن تعامل بقانون يتفق ومثلها العليا ، ويناسب ميولها الفطرية ، وبواعثها الحيوية ، وبنيتها الاجتماعية . وقد تألفت الأمة الإسلامية وبلغت أشدها ، ودخلت مزدحم الجماعات البشرية مقتبسة منها أحسن ما صادفته من العلوم والفنون والصنائع ، وفاقتها فيها جميعًا حتى اعتبرت بعد جيلين من قيامها خير أمة أنجبتها البشرية ، كان وجودها ضروريًّا لحفظ تراث الإنسانية . وإذا كان قد اعتراها شيء من التوقف والفتور ، فإنها اليوم تتحفز لاسترداد مكانتها بما تشعر به من مذخور حيوي في كيانها ، واستعداد أدبي لبلوغ أبعد شأو فيما تبذل فيه الأمم أقصى جهودها .

وأول ما يجب أن يعجل لها به من المؤهلات لبلوغ هذه الغاية هو أن تساس بالأصول التي قام وجودها عليها ، ولا سيما إذا كانت قد أثبتت مرونتها ، وقبولها لشمول كل ما يجد من الشئون الاجتماعية . فالمحاولات التي وفِّق إليها جمهور من المصريين لإحلال الشريعة الإسلامية محل القانون الأجنبي في حكم المسلمين ومن يعايشهم من أتباع جميع الملل تعتبر من خير الوسائل لإعادة مجد الأمة الإسلامية ، وحفظ كيانها سليمًا من العلل . وكتاب فضيلة الأستاذ الجليل (المقارنات التشريعية) من أفضل ما يمهد الطريق للعاملين في هذه الناحية ، بل هو دليل عملي على أن الشريعة الإسلامية غاية لا بداءة . وإذا كانت هذه الثروة التشريعية تُرى وتُلمس في مذهب إمام واحد من حفظتها ، فما ظنك لو نُظِر إليها من خلال مجموع آراء جميع أئمتها ؟ فما أصدق من قال فيها :

ويزيدها مر الليالي جدة ... وتقاوم الأيام حسن شباب

محمد فريد وجدي

بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله الفتاح العليم والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد المرسلين وعلى آله وصحبه والتابعين .

وبعد فأشكر اللّه العلي القدير الذي وفق من شاء من عباده لخدمة شريعته والعمل على رفع منار الدين . أشكر اللّه أن وفق الأستاذ السيد عبد اللّه حسين أحد علماء الأزهر الشريف وأحد أعلام القانون من جامعات أوروبا فوهب حياته وجاد

بثمار مجهوده المضني لنصرة الشريعة ولكشف الغطاء عما أُغلق على الناس بسبب السِّير المغرضة التي عملت على إطفاء نور الشريعة ، ولكن يأبى اللّه إلا أن يتم نوره فقيض لهذه الأمة وللعالم الإسلامي من يقوم بالكشف عن نفائس الأحكام الشرعية فأخذ الأستاذ يجدُّ غير متوان ولا متراخ في العمل على بيان الأحكام الوضعية وأنها مأخوذة من نفائس الشريعة المحمدية ، ولكن اليد المغرضة تخفي ذلك دائمًا وترجعه إلى أصول ليس لها صلة بهذا التشريع ، ولا تمت إليه من قرب أو من بعد . بل إنه أوضح الدليل للطالب وأنار الطريق لمن يريد الوصول إلى الحق الوضح فوضع كتاب المقارنات إرشادًا للناس وهداية إلى أصول القوانين الوضعية وأنها مأخوذة من الشريعة الإسلامية « فقه مذهب الإمام مالك ﷺ » وبرهن بالحجة الواضحة على مآخذ القوانين والزمن التي عمدت فيه الدول الغربية إلى نهجها الذي نهجته وسبيلها الذي سلكته أيام ازدهار الدولة الإسلامية في بلاد الأندلس وغيرها .

حقًّا لقد قام الأستاذ بمجهود الجبابرة وبذل عصارة فكرة وثمار حياته العلمية في كتاب المقارنات فكان خير كتاب أخرج للناس ، وكان سفرًا جليلًا ظهر ظهور الشمس في رائعة النهار وتجلى للناس كتابًا قيمًا ، وحقًّا إنه لكتاب قيم ، فيه آيات بينات وأصول واضحات من أستاذ أخص صفاته البحث والتنقيب وراء الحقائق حتى لقد كان ذلك ديدنه منذ نشأته وفي أدوار حياته العلمية ، فما عرفته يومًا إلا وأراه متحليًا بحلية البحث وسمات التدقيق حتى في أبسط الأمور فلقد كنا نلقبه « بغائص اللؤلؤ » فهذا الكتاب وإن كان جليل الشأن عظيم القدر ، ولكنه صغير بالنظر إلى مجهوده وبحثه الشامل الذى دأب عليه منذ نشأته الأولى . فيا أيها الأستاذ لا أرى أني جدير بمن يقول فيوفي هذا الكتاب حقه ، أو يصف فيعطي مؤلِّفه صورته الجديرة به أو يظهر للناس حياة المؤلف الحقيقية ، ولكن هذه عجالة أقدمها لكم على أن أكون قد أصبت بعض المرمى أو قاربت الوصول إلى الهدف .

فيا حماة الشريعة هبوا متساندين واعملوا على إظهار مكنونات الكتاب والسنة للعيان ، حتى يكشف اللّه الران عن القلوب ، فيقوم رجال الأمر فينا بالرجوع إلى الأحكام الشرعية وليعدلوا عن الحكم بغير ما أنزل اللّه ومن لم يحكم بما أنزل اللّه

فأولئك هم الظالمون ، وكفى بالصراع العنيف الذي يملؤ الكون الآن دليلًا على ما اقترفناه من بُعْد عن الشريعة السمحاء إلى أحكام لا تتفق ومصلحة البشر في شيء . وها هو كتاب المقارنات دليل لنا على ما نقول إذ إنه كتاب فيه تبيان وهدى للناس وفقنا اللّه جميعًا للعمل على نصرة شريعته وهدايته خلقه إلى سواء السبيل .

عبد الفتاح المرقي

من العلماء والمحامي بطنطا

صورة ما أذيع بالإذاعة اللاسلكية المصرية يوم 6 يونيو سنة 1947

لما كتب الأستاذ سيد عبد اللّه حسين كتابه الذي صدر أخيرًا بعنوان (المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية القانون المدني والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس ﷺ) أراد أن يسهم في رسالة نادى بها كثيرون من المشتغلين بفقه القانون ، فقد انطلقنا نضع مجموعتنا القانونية منصرفين إلى القوانين الغربية معتمدين على التجارب التشريعية لدى غيرنا فلم نلق بالًا إلى هذا الكنز الزاخر بالأحكام القانونية المتقدمة الذي تمدنا به الشريعة الإسلامية ، ولقد هال ذلك الإغفال بعض الفقهاء المصريين الذين أشفقوا أن يتأخر تكوين شخصيتنا القانونية ما دمنا لا نبذل مجهودًا ذاتيًا في سبيلها وما دمنا لا نصل ما يمكن أن يوصل من تشريعاتنا بالأحكام التي تتناسب معه من فقه الشريعة الغراء ، وهو فقه لا أتعب من التنبيه إلى تقدمه بل إلى سبقه لغيره في أكثر من مضمار .

واليوم يرفع صاحب هذا الكتاب صوته مع الذين نادوا من قبله بوجوب الالتفات التفاتًا خاصًا إلى إحكام الصلة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية ، فانضم المؤلف بهذا الكتاب إلى الرعيل الأول من الباحثين الذين عملوا لأداء تلك الرسالة .

ولقد عمد لهذا الغرض إلى سبيل حكيم فجعل يستعرض بعض أحكام القانون الفرنسي ويقابلها بالأحكام المماثلة في الشريعة مشيرًا في كل حالة إلى ما يجعل الشريعة متقدمة على غيرها تقدمًا يستوقف الانتباه ، ومثل هذه الخطة لا تحسن لها العجلة ولا يفيد فيها المجهود اليسير ، وإنما هي تتطلب من صاحبها وقتًا طويلًا – هو سبع سنوات في هذه الحالة – ومجهودًا عظيمًا هو استعراض أحكام مجموعة

من أكمل المجموعات القانونية هي المجموعة الفرنسية ومقارنتها بالأحكام المناظرة لأحكامها من الشريعة . هذه تحتاج إلى بحث طويل وصبر وأناة .

وأراد المؤلف بهذه الخطة أن يثبت أن أحكام الشريعة مرنة طيعة لا ينض عنها تطور الأحوال في آخر صوره وأن بها يمكن أن يتلاقى مع مقتضيات الزمان والمكان على مواءمة واتفاق . حينما يريد الإنسان - وفي هذا الجزء من الكتاب مضى المؤلف بعد إلقاء نظرة عامة على مجموع أحكام الشريعة مقارنة بأحكام القانون الفرنسي - إلى تفصيل تلك المقارنة في بعض مسائل الأحوال الشخصية وقواعد القانون المدني ، ولم يكتف في كثير من الأحوال بمجرد المقارنة مع وضوح دلالتها بل شفعها بالتعليق الذي يزيدها وضوحًا على وضوح . ولما كان مثل هذا الكتاب يذكِّر بأحكام تشريعية يحسن دائمًا أن تكون حاضرة في الأذهان ، ويجمع متفرقها في صعيد واحد مع مقارنته بما يناظرها من الأحكام فقد يطيب للباحثين في الفقه ولأصحاب التشريع من رجال البرلمان وغيرهم أن يرجعوا إليه ويعولوا عليه كلما عنَّ لهم أن ينظروا إلى رأي الشريعة الغراء في هذا الموضوع أو ذاك .

عزيزي الأستاذ العلامة سيد عبد اللّه حسين .

أهديك سلامي وتحياتي ، وأقدم لك عظيم شكري على تفضلك بإهدائي مؤلفكم النفيس « المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي » الذي قصدتم به دراسة فقهية مقارنة بين الفقه الإسلامي على مذهب الإمام مالك وبين أحكام القانون الفرنسي . ولو أني لست من المتعمقين في دراسة التشريع الإسلامي إلا أن مطالعتي لفصول الكتاب جعلتنى أقف متأملًا معجبًا بتلك الحفريات الثمينة المشتملة على أصول التشريع وقواعد الأحكام التي استطعتم بعد الدرس في الأزهر والتخصص في القانون بفرنسا والاشتغال بالمحاماة الشرعية والأهلية والمختلطة أن تكشفوا عنها وأن تظهروا بالأدلة أنها المصدر الأول والمنهل الدائم الذي أخذ منه الغربيون وما زالوا يأخذون .

ولقد أجدتم في تبويب الكتاب والإفاضة في تفسير الغامض من أحكام الشرع إفاضة تقوم على الفهم الدقيق ، كما أحسنتم في المضي على طريقة المقارنة المجزئة ، وإلحاق الفهارس العامة والأبجدية لموضوعات الكتاب بكل جزء منه ، وهو طابع

يميز مؤلفكم عن غيره من كتب الفقه الإسلامي .

وإني إذ أبعث لكم بتهنئتي لا يسعني إلا التنويه بفضلكم والاعتراف بخدمتكم للعلم في ناحية فقهية هامة تعتبر الأساس لقيام الحياة الاجتماعية والاقتصادية .

وتقبلوا خالص تحياتي وعظيم إعجابي داعيًا لكم بالتوفيق وطول العمر .

المخلص

محمد حسن تحسين

سكرتير إدارة المصوغات

الفهارس والملاحق

أولًا : فهرس الآيات

ثانيًا : فهرس الأحاديث

ثالثًا : فهرس الأعلام

رابعًا : فهرس الكتب

خامسًا : فهرس الأماكن والبلدان

سادسًا : فهرس المصطلحات

سابعًا : فهرس القواعد والفوائد

١



أولا : فهرس الآيات

الآيـــــة	اسم السورة	رقم الآية	الصفحة	الجزء
إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ	المائدة	90	66	ج 1
وَأُوحِيَ إِلَيَّ هَٰذَا ٱلْقُرْءَانُ لِأُنذِرَكُم بِهِۦ	الأنعام	19	36	ج 1
وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ مَا فَعَلُوهُ	الأنعام	112	310	ج 1
يُرِيدُونَ أَن يُطْفِـُٔوا۟ نُورَ ٱللَّهِ بِأَفْوَٰهِهِمْ ...	التوبة	32	52 ، 82	ج 1
وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ ٱلنَّاسَ أُمَّةً وَٰحِدَةً	هود	118	688 ، 1310	ج 2،3
قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ	يوسف	18	1028	ج 3
إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ	يوسف	26	1028	ج 3
وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ	يوسف	27	1028	ج 3
فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُۥ مِن	يوسف	28	1028	ج 3
إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا ٱلذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُۥ لَحَٰفِظُونَ	الحجر	9	65 ، 69	ج 1
وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ	النحل	44	69 ، 88	ج 1
وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا	الإسراء	15	90	ج 1
وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً	الإسراء	32	225	ج 1
وَمَآ أُوتِيتُم مِّنَ ٱلْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا	الإسراء	85	21 ، 54	ج 1
بَلْ نَقْذِفُ بِٱلْحَقِّ عَلَى ٱلْبَٰطِلِ فَيَدْمَغُهُۥ	الأنبياء	18	865	ج 2
ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا	النور	2	49 ، 85	ج 1
وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم .... وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً	الروم	21	808	ج 2
وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ	الأحزاب	4	185	ج 1
ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ	الأحزاب	5	111 ، 304	ج 1
وَأُو۟لُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ	الأحزاب	6	186 ، 304	ج 1
وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ	الأحزاب	37	184 ، 186	ج 1
مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ	الأحزاب	40	110 ، 305	ج 1
فَسَتَذْكُرُونَ مَآ أَقُولُ لَكُمْ	غافر	44	76	ج 1
لَّا يَأْتِيهِ ٱلْبَٰطِلُ مِنۢ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِۦ	فصلت	42	70	ج 1
سَنُرِيهِمْ ءَايَٰتِنَا فِى ٱلْءَافَاقِ .... حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ ٱلْحَقُّ	فصلت	53	1662	ج 4
وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ	الشورى	38	78	ج 1
إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ	الحجرات	13	38 ، 97	ج 1
إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْىٌ يُوحَىٰ	النجم	4	70	ج 1
فَٱعْتَبِرُوا۟ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَبْصَٰرِ	الحشر	2	69	ج 1
وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ	الحشر	7	58	ج 1
وَٱللَّهُ مُتِمُّ نُورِهِۦ وَلَوْ كَرِهَ ٱلْكَٰفِرُونَ	الصف	8	860	ج 2
فَٱسْعَوْا۟ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ	الجمعة	9	148	ج 1
وَلَوْ تَقَوَّلَ عَلَيْنَا بَعْضَ ٱلْأَقَاوِيلِ	الحاقة	44	7	ج 1
فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ	الزلزلة	6 ، 7	1663	ج 4

ثانيًا : فهرس الأحاديث

م	طـــــرف الحديـــــث	الصفحة	الجزء
1 -	أبغض الحلال إلى الله الطلاق	250	ج 1
2 -	إذا أعجلت أو أقحطت فلا غسل	89	ج 1
3 -	إذا التقى الختانان وجب الغسل	89	ج 1
4 -	أفشوا النكاح واضربوا عليه بالدف	191	ج 1
5 -	التمسوا النكاح ولو بخاتم من حديد	176	ج 1
6 -	أنت ومالك لأبيك	329	ج 1
7 -	ألك أولاد غير هذا ؟ قال : اتق الله واعدل بين أولادك	1606	ج 4
8 -	إنما الماء من الماء	89	ج 1
9 -	بعث رسول الله ﷺ معاذَ بن جبل إلى اليمن	69	ج 1
10 -	تناكحوا تناسلوا فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة	176	ج 1
11 -	الثلث والثلث كثير لأن تترك ورثتك أغنياء خير من	1550	ج 4
12 -	ثلاثة لا تكون إلا لله ؛ القرض والضمان والجاه	1252	ج 4
13 -	دخلت امرأة النار في هرة	1674	ج 4
14 -	رفع القلم عن ثلاث ؛ الصبي حتى يبلغ ، والمجنون حتى يفيق ، والنائم حتى يستيقظ	1380	ج 4
15 -	العبد وما ملكت يمينه لسيده	812	ج 3
16 -	كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته	37 ، 83 ، 927	ج 1 ، ج 3
17 -	من أحرم وارثًا من ميراثه أحرمه الله من ريح الجنة	1392	ج 4
18 -	من حاز شيئًا عشر سنين فهو له	1451	ج 4
19 -	نهى رسول الله ﷺ عن الكالئ بالكالئ	958 ، 1455	ج 3
20 -	لا ضرر ولا ضرار	803	ج 1 ، ج 4
21 -	لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق	81 ، 83	ج 1
22 -	لا وصية لوارث	300 ، 1399	ج 1 ، ج 4
23 -	يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج	176	ج 1

ثالثًا : فهرس الأعلام

رابعا : فهرس الكتب

خامسا : فهرس الأماكن والبلدان

سادسا : فهرس المصطلحات

سابعًا : فهرس القواعد والفوائد (الجزء الأول)

القاعدة	ص
إذا تم التعاقد واستوفى العقد الشروط والأركان من الأطراف المتعاقدة فيجب الوفاء به كل فيما تعهد به .	726
القرض دين يجب الوفاء به متى كان لوقت معلوم أو مدة محددة .	727
العقد الباطل أو الملغي إلغاء عامًّا هو ما لم يوجد فيه ركن من أركان العقد .	739
العقد الفاسد أو الملغي إلغاء خاصًّا هو ما لا يوجد به شرط صحة ، أو كان به نقص في إرادة المتعاقدين .	739
إذا تم إلغاء العقد انقطع ما يترتب عليه في المستقبل .	742
عديم الأهلية لا يضمن ما أخذه من ثمن أو مثمن إلا إذا استفاد به في ماله واستعمله ليساره .	743
كل حق تعلق للغير على العقد الذي حكم بإلغائه أصبح لاغيًا .	744
العقود التي تفقد ركنها أو شرط وجودها لا يدخلها التصحيح إلا بتحقيق ما كان سببًا في فسادها .	748
إذا استوفى العقد أركانه وشروطه كان صحيحًا ووجب على كل طرف الوفاء بما التزم به.	760
الإقالة جائزة إذا لم يتردد الثمن بين أن يكون ثمنًا أو سلفًا	761
لا يصح شرعًا أخذ فائدة على القرض حتى وإن كانت من قبيل الهدية .	762
معنى انعقاد البيع التزام البائع بتسليم ما التزم به .	763
إذا أتلف المبيع البيع الصحيح وقت ضمان البائع بسماوي بطل العقد ، ولا يلزم البائع الإتيان بمثله .	763
المبيع إذا كان موصوفًا في الذمة وتلف يلزم البائع الإتيان بمثله ولا يبطل العقد .	763
كل حق ترتب من أحد الطرفين على ملك الآخر فهو لاغ من الحقوق العينية مادامت العين ردت لصاحبها بعينها .	765
لا ينتقل الضمان بالقبض كان صحيحًا أو فاسدًا ، والملك فيه للبائع بالخيار الاتفاقي .	766
حق فسخ العقد سواء أكان بالشرط أم بالنقض مشروط بشروط وضعها الشرع .	767
عقد الالتزام يلزم كل طرف بأداء ما التزم به .	767
المبيع على الوصف وهو غائب بتًّا لا يجوز النقد فيه إن كان يتغير في المدة بين البيع والتسليم ، وإن كان لا يتغير كالعقار مثلًا صح البيع فيه على الوصف وجاز دفع الثمن .	768
كل عقد بمعاوضة يلزم اتفاق الطرفين على إبطاله وليس لأحدهما الانفراد بإبطاله .	770
كل عقد يعقد بين طرفين يمكنهما حله اتفاقًا .	770
خروج أحد المتعاقدين عن الأهلية الشرعية لا يبطل العقود بل تورث .	771
المدين بريء حتى يثبت الدين في ذمته .	774
الملك المشترك لا يصح لأحد الشركاء أن يتصرف فيه إلا بإذن بقية الشركاء .	774
الثراء على حساب الغير .	778
وضع اليد يعادل دليل الملك ما لم يعارض بدليل آخر أقوى منه ، أو يناقضه .	786
من تجاوز حد استعمال حقه فقد أضر بالغير .	801
كل من تسبب في ضرر ضمن هذا الضرر .	804
تعويض الضرر على من تسبب فيه وقد جاء النص في الفقه الإسلامي على قاعدة شبيهة مؤداها أن الظالم أولى بالحمل عليه .	806
كل إنسان يضمن الخسارة التي ترتبت على فعله سواء كانت الخسارة عمدًا أم خطأً .	820
متى نفذ الملتزم ما تعهد به فلا شيء عليه .	850

القاعدة	ص
لا يملك التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرف إلا بإذنها .	1363
إذا مات الأب الذي جهز ابنته البكر وأدخلها به على زوجها ، فلا حق للورثة في هذا الجهاز الذي جهزها به أبوها من ماله زيادة على حقها في ميراثها منه .	1363
إحاطة الدين بمال الواهب تمنعه من التبرع .	1365
دفع المهر للولد يعتبر من أملاك الدافع الخاصة إلا إذا كان موكلًا من غيره في الدفع فلا شركة في الأموال بين الزوجين .	1366
إذا تلف الصداق وكان مما يغاب عليه ، ولم تقم على التلف بينة فضمانه ممن تلف في يده كان الزوج أو الزوجة .	1367
التركة حق يقبل التجزي يثبت لمستحق بعد موت من كان ذلك له .	1375
الميراث لا يدخل فيه لا هبة ولا وصية .	1376
لا توارث بين مسلم ويهودي أو نصراني .	1378
لا يرث قاتل لمورثه - لوصيًا - أو مجنونًا تسببًا أو مباشرة عمدًا عدوانًا .	1380
لا يأخذ إخوة المتوفى شيئًا مع وجود الابن أو الأب لأنهما أقرب للميت من إخوته .	1390
كل من قرب من المتوفى كان أولى بالميراث من غيره متى كان من العصبة .	1390
كل من أدلى للميت بواسطة فلا يأخذ نصيبه من الميراث ما دامت هذه الواسطة موجودة مستحقة للميراث .	1390
الشقيق مقدم على من كان لأب ، فلو مات وترك أخا شقيقًا وأخًا لأب أخذ الأخ الشقيق كل المال وحجب الأخ لأب فلا يأخذ شيئًا .	1391
الجزئية تقدم على القرابات الأخرى فجهة البنوة تقدم على جهة الأبوة ، وجهة الأبوة تقدم على جهة الجدودة ، والأخوة ثم بنو الأخوة ثم العمومة ثم بنو العمومة الأقرب فالأقرب .	1391
لا وصية لوارث .	1399
الأقرب للمتوفى يحجب الأبعد فيرث الأقرب فقط متى كان من العصبة .	1399
كل نكاح يدرأ الحد لما فيه من شبهة فإن الولد الناتج عنه يلحق بأبيه ويرث منه وهو والولد الشرعي سواء ، ولا يقال له ولد طبيعي .	1402
كل ولد يصح الاعتراف ببنوته واعترف بها بالفعل فهو وارث شرعًا ، وهو ولد شرعي لأبيه .	1402
الولد الذي لم يستند إلى فراش صحيح أو فاسد درأ الحد ، أو لم يحكم لحوقه لأبيه فهو ولد زنا ، ولا يرث من أبيه إطلاقًا	1403
لا يورث ولد الزنا والولد الناتج عن نكاح محرم معروف للزوج .	1403
إذا تعاقد شخص فقد ألزم نفسه ، وماله الحاضر والمستقبل ، ولا يتعدى التزامه للغير إلا إذا كان ضامنًا .	1428
التركة ضامنة للدين لا أزيد ولا أقل إلا أن يتبرع بقضاء ما زاد عن التركة .	1430
الوراثة مشروطة بعدم تعدي دين التركة قيمة التركة سواء قبل الوارث الميراث بلا شرط ولا قيد أم لا ، سواء كان الوارث قاصرًا أو عديم الأهلية ، أو اتفق الورثة أو اختلفوا .	1431
لا ميراث للورثة إلا بعد سداد الدين .	1433
الغرم قدر الغنم .	1446
لا ميراث إلا بعد سداد الدين .	1447
الوارث الذي يقبل الميراث من غير شرط ولا قيد لا يكون ملزمًا بأداء ديون التركة أزيد من	

الملاحق

1 - كشاف المصطلحات الفقهية والاقتصادية

2 - مراجع الدراسة ومصادر الفقه المالكي .



فهرس
المصطلحات الفقهية والاقتصادية
لكتاب المقارنات التشريعية

إباحة : الإباحة في اللغة : الإذن في الفعل والترك . يقال : أباح الرجل ماله ؛ أي أذن في أخذه وتركه وجعله مطلق الطرفين .

وعرف الأصوليون الإباحة بأنها : خطاب اللّه المتعلق بأفعال المكلفين تخييرًا من غير بدل .

وعرف الفقهاء الإباحة بأنها : الإذن بإتيان الفعل حسب مشيئة الفاعل في حدود الإذن .

الإبراء : الإبراء في اللغة : جعل الغير بريئًا من حق عليه . وفي الاصطلاح الفقهي : هو إسقاط الشخص حقًّا له في ذمة آخر .

والإبراء عند فقهاء الحنفية قسمان : إبراء إسقاط ، وإبراء استيفاء . وقد اعتبروا الأول منهما هو الإبراء الحقيقي ، حيث إن الثاني (الذي هو عبارة عن الاعتراف بالقبض والاستيفاء للحق الثابت لشخص في ذمة آخر) هو نوع من الإقرار .

إتلاف : الإتلاف في اللغة : جعل الشيء تالفًا . أي هالكًا . وفي اصطلاح الفقهاء : هو خروج الشيء من أن يكون منتفعًا به المنفعة المطلوبة منه عادة بفعل آدمي . ويعبر عنه بعضهم : بأنه ما يؤدي إلى ذهاب المال وضياعه وخروجه من يد صاحبه .

إجازة : الإجازة لغة : الإنفاذ يقال : أجاز الشيء إذا أنفذه ، واصطلاحًا : أي جعل الشيء جائزًا أي نافذًا ... وذلك بإظهار صاحب الحق موافقته على إمضاء العقد بكل قول أو فعل ينبئ عن ذلك ، وقد جاء في القواعد الفقهية « الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » أي إن أثر الإجازة ممن يملكها يظهر من حين إنشاء التصرف ، لا من وقت إعطائها . هذا وقد يطلق الفقهاء « الإجازة » بمعنى الإعطاء كما يطلقونه على الإذن بالإفتاء أو التدريس .

اجتهاد : الاجتهاد في اللغة : هو بذل الوسع والطاقة في طلب أمر ليبلغ مجهوده ويصل إلى نهايته . ولا يخرج استعمال الفقهاء عن هذا المعنى اللغوي . أما الأصوليون : فمن أدق ما عرفوه به أنه بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي ظني .

الأجرة : في اللغة [آجر] إيجار : أجره ، ومن فلان الدار وغيرها : أكراها منه ، وفلانًا الدار : أكراه إياها ، والأجر : عوض العمل والانتفاع والأجر الحقيقي : ماللنقد الذي يحصل عليه العامل من قوة الشراء والأجرة ، جمعها [أُجَر] بضم الألف وفتح الجيم .

الأجرة اصطلاحًا : بدل معلوم لعمل معلوم في عقد معاوضة فالأجر هو الدخل الذي يحققه المرء من عمله وكلمة الأجور عادة يستدل منها أن التعويض يدفع للعامل على أساس

عمله في الساعة ، ويشترط العلم بالأجر حتى يغلق باب النزاع ، فلا مساومة عليه بعد أداء العمل ، فعن أبي هريرة : « نهى رسول اللّه ﷺ عن استئجار الأجير حتى يتبين له أجره » وتلزم الأجرة إذا كان العقد صحيحًا ، ولم يكن بالمستأجر عيب في وقت العقد يخل بالانتفاع ، وسلامته أيضًا عن عيب يحدث له وإلا لم يبق العقد لازمًا .

الإجماع : الإجماع في اللغة يراد به تارة العزم ، يقال : أجمع فلان كذا ، أو أجمع على كذا ، إذا عزم عليه ، وتارة يراد به الاتفاق ، فيقال : أجمع القوم على كذا ، أي اتفقو عليه . وقيل : إن المعنى الأصلي له العزم ، والاتفاق لازم ضروري إذا وقع من جماعة .

والإجماع في اصطلاح الأصوليين : اتفاق جميع المجتهدين من أمة محمد ﷺ في عصر ما بعد عصره ﷺ على أمر شرعي .

الاحتياط : الاحتياط في اللغة الأخذ في الأمور بالأحزم والأوثق من جميع الجهات . ومنه قولهم : افعل الأحوط ، أي افعل ما هو أجمع لأصول الأحكام وأبعد عن شوائب التأويل .

أما في الاصطلاح الفقهي فقد قيل : هو فعل ما يتمكن به من إزالة الشك . وقال الجرجاني : هو حفظ النفس عن الوقوع في المآثم . ولعل أجود ما عُرّف به أنه « احتراز المكلف عن الوقوع فيما يشك فيه من حرام أو مكروه » .

الإحصان : بكسر الهمزة هو العفة . وتحصين النفس من الوقوع في الحرام . وفي القرآن الكريم : ﴿ وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَـٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا ﴾ [النور 33] .

إحياء الموات : إحياء في اللغة يعني حصل الشيء حيًّا . والموات : الأرض التي خلت من العمارة والسكان . والمراد بمصطلح « إحياء الموات » عند الفقهاء : عمارة الأرض الخربة التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد ومقصود بعمارتها : التسبب للحياة النافعة فيها ببناء أو غرس أو حراثة أو سقي ونحو ذلك .

الاختلاط : الاختلاط ضم الشيء إلى الشيء ، وقد يمكن التمييز بينهما كما في الحيوانات ، وقد لا يمكن كما في المائعات فيكون مزجًا . ولا يخرج استعمال الفقهاء له عن هذا المعنى .

الاختلاف : الاختلاف لغة : مصدر اختلف . والاختلاف نقيض الاتفاق .

ويستعمل الاختلاف عند الفقهاء بمعناه اللغوي .

إرادة : الإرادة في اللغة : المشيئة . وعند المتكلمين : صفة توجب للحيّ حالًا يقع منه الفعل على وجه دون وجه . وهي عند الفقهاء بمعنى القصد إلى الشيء والاتجاه إليه .

هذا ويقسم الفقهاء الإرادة في التصرفات الشرعية إلى قسمين : ظاهرة وباطنة .

فأما الإرادة الباطنة : فهي الإرادة الخفية التي لا يطلع عليها .

وأما الظاهرة : فهي الإرادة المعلنة المصرح بها باللفظ أو ما يقوم مقامه كالتعاطي .

الإرث : بكسر الهمزة وسكون الراء : من معانيه : الميراث . والأصل و : الأمر القديم توارثه الآخر عن الأول والبقية من الشيء . وقيل : الأرث - بالهمزة يستعمل في الحسب ، والورث - بالواو - يستعمل في المال .

الأرش : بفتح الهمزة وسكون الراء : هو دية العضو في الجراحات ، أي بدل الدم ، أو بدل الجناية ، مقابلة بآدمية المقطوع أو المقتول ، لا بماليته . فهو اسم للمال الواجب على ما دون النفس ، من الأطراف . وقد يطلق الأرش على بدل النفس . أي الدية - وحكومة العدل . والأرش مشتق من التأريش - أي الإفساد بين القوم .

استئناف : من معاني الاستئناف لغة : الابتداء والاستقبال وقد استأنف الشيء أخذ أوله وابتدأه .

وبتتبع استعمالات هذا المصطلح لدى الفقهاء يمكن الوصول إلى تعريفه بأنه : البدء بالماهية الشرعية من أولها ، بعد التوقف فيها وقطعها لمعنى خاص .

استبراء : الاستبراء لغة : طلب البراءة ، وبرئ تطلق بإزاء ثلاث معان : برئ إذا تخلص ، وبرئ إذا تنزه وتباعد ، وبرئ إذا أعذر وأنذر . وأما الاستبراء من بوله إذا استنزه . وللاستبراء استعمالان شرعيان :

الأول : يتصل بالطهارة كشرط لصحتها ، فهو بهذا من مباحث العبادة .

والثاني : يتصل بالاطمئنان على سلامة الأنساب ، وعدم اختلاطها ، فهو بهذا من مباحث النكاح .

استحقاق : الاستحقاق في اللغة : الاستيجاب . مأخوذ من الحق ؛ وهو ما وجب وثبت . يقال : استحق فلان الأجر ؛ أي استوجبه . واستحق فلان العين ، فهي مستحقة : إذا ثبت أنها حقه وفي الاصطلاح الفقهي : هو كون الشيء حقًّا واجبًا للغير . وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه « رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله بغير عوض » .

استحسان : الاستحسان في اللغة : هو عد الشيء حسنًا ، وضده الاستقباح . وفي علم أصول الفقه عرفه بعض الحنفية بأنه : اسم لدليل يقابل القياس الجلي يكون بالنص أو الإجماع أو الضرورة أو القياس الخفي والاستحسان - على استخراج المسائل الحسان فهو استفعال بمعنى إفعال ، كاستخراج بمعنى إخراج .

استرداد : الاسترداد في اللغة : طلب الرد وسؤاله . ولم يخرج الفقهاء في استعمالهم لهذه الكلمة عن معناها اللغوي . وقد ذكر الفقهاء للاسترداد أسبابًا متنوعة ، منها : الاستحقاق ، والتصرفات غير اللازمة ، الموت ، الرشد وغير ذلك .

استعمال : الاستعمال في اللغة : طلب العمل ، أو توليته ، واستعمله : عمل به ، واستعمل فلان : ولي عملًا من أعمال السلطة ، وحبل مستعمل : قد عمل به ومهن ، والاستعمال في عرف الفقهاء لا يخرج عن معناه اللغوي .

الاستغلال : هو طلب الغلة ، والغلة هي : كل عين حاصلة من ريع الملك ، وهذا هو عين الاستثمار ، مما تخرجه الأرض هو ثمرة ، وهو غلة ، وهو ريع .

أما بيع الاستغلال : فهو مصطلح فقهي مستعمل في مذهب الحنفية ، ويقصد به بيع الوفاء إذا وقع مشروطًا فيه أن يؤجر المشتري المبيع للبائع .

أما حق الاستغلال في الاصطلاح القانون المعاصر . فالمراد به انتفاع المالك بغلة الشيء المملوك وثماره ونتاجه .

استلحاق : الاستلحاق لغة : مصدر استلحق ، يقال : استلحقه ادعاه . واصطلاحًا : هو الإقرار بالنسب والتعبير بلفظ الاستلحاق هو استعمال المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، وأما الحنفية فاستعملوه في الإقرار بالنسب على قلة .

الاستنباط : - بكسر الهمزة - من معانيه : استخراج الماء من العين - البئر - من قولهم : نبط الماء ، إذا خرج من منبعه .

استهلاك : الاستهلاك لغة : إهلاك الشيء وإفناؤه .

أما اصطلاحًا فهو تصيير الشيء هالكًا أو كالهالك - مثل الثوب البالي - أو خلطه بغيره بحيث لا يمكن إفراده بالتصرف كاستهلاك السمن من الخبز .

استيلاء : من معاني الاستيلاء لغة : وضع اليد على الشيء ، والتمكن منه ، والغلبة عليه . وفي اصطلاح الفقهاء : هو إثبات اليد على المحل ، أو الاقتدار على المحل حالا ومآلًا ، أو القهر والغلبة ولو حكمًا . أما الفعل المادي الذي يتحقق به الاستيلاء ، فإنه يختلف بحسب الأشياء والأشخاص والأزمنة والأمكنة ؛ لأن مداره على العرف .

الإسراف : بكسر الهمزة - هو إنفاق المال الكثير في الغرض الخسيس . أو : تجاوز الحد في الفقه . أو : أن يأكل الرجل مالا يحل له ، أو يأكل مما يحل له فوق الاعتدال ومقدار الحاجة .

والإسراف : تجاوز في الكمية ، فهو جهل بمقادير الحقوق بينما التبذير : تجاوز في موضع الحق ، فهو جهل بمواقعها .

إشهاد : الإشهاد في اللغة : مصدر أشهد ، وأشهدته على كذا فشهد عليه أي : صار شاهدًا ، وأشهدني عقد زواجه أي أحضرني . ولا يخرج استعمال الفقهاء للإشهاد عن هذين المعنيين .

إشهار : الإشهار : مصدر أشهر بمعنى أعلن ، والشهر في اللغة بمعنى الإعلان والإظهار .

يقال : شهرته بين الناس وشهرته . أي أبرزته وأوضحته . أما الإشهار فغير منقول لغة - كما قال الفيومي - ولكن الفقهاء استعملوه - ولا سيما المالكية - بمعنى الإعلان .

الإصر : - بكسر الهمزة وسكون الصاد - هو القيد . ويسمى به العقد في المعاملات المالية ونحوها لأنه يقيد المتعاقدين ويلزمهم بالتزامات محددة . وفي القرآن الكريم ﴿ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَٱلْأَغْلَٰلَ ٱلَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ ﴾ [الأعراف 157] .

إصلاح : الإصلاح : - بكسر الهمزة - من الصلاح : ضد الفساد ، والإصلاح هو التغيير والتطوير الشامل والجذري في مختلف الميادين ؛ ولذلك وصفت رسالة السماء بأنها : إصلاح . وفي القرآن الكريم ﴿ إِنْ أُرِيدُ إِلَّا ٱلْإِصْلَٰحَ مَا ٱسْتَطَعْتُ ﴾ [هود : 88] .

إعارة : الإعارة في اللغة : من التعاور ، وهو التداول والتناوب مع الرد . والإعارة مصدر أعار ، والاسم منه العارية ، وتطلق على الفعل ، وعلى الشيء المعار ، والاستعارة طلب الإعارة . والإعارة هي تمليك المنافع بغير عوض مالي .

اعتراف : الاعتراف لغة : مرادف للإقرار . يقال : اعترف بالشيء : إذا أقر به على نفسه . وهو كذلك عند الفقهاء وقال الفيومي : إنه تفسير بالمرادف .

إعسار : أصل معنى الإعسار في اللغة : الانتقال من الميسرة إلى العسرة . والعُسرةُ : هي الضيق وقلة ذات اليد . فالعُسر نقيض اليسر . والإقلال أيضًا عُسرة ؛ لأن الأمر ضيق عليه شديد .

أما العُسرة في الاصطلاح الفقهي فتعني عدم قدرة المرء على أداء ما عليه من مال .

إفلاس : الإفلاس في اللغة : أن يصير المرءُ ذا فلوس بعد أن كان ذا ذهب وفضة ، أو أن يصير إلى حال ليس له فلوس . أما في الاصطلاح الفقهي : فهو أن يكون الدين الذي على الشخص أكثر من ماله ، سواء أكان غير ذي مال أصلًا ، أم كان له مال إلا أنه أقل من دينه .

إقالة : الإقالة في اللغة تعني الرفع والإزالة ، ومن ذلك قولهم : أقال الله عثرته أي رفعه من سقوط ومن ذلك الإقالة في البيع ؛ لأنها رفع للعقد ونقض وإبطال .

والإقالة في الاصطلاح الفقهي : رفع العقد ، وإلغاء حكمه وآثاره بتراضي الطرفين .

إقامة : الإقامة في اللغة مصدر : أقام ، وأقام بالمكان ثبت به ، وأقام الشيء : ثبته وعدله وتطلق الإقامة في الشرع بمعنيين :

الأول : الثبوت في المكان ، فيكون ضد السفر .

الثاني : إعلام الحاضرين المتأهبين للصلاة بالقيام إليها بألفاظ مخصوصة وصفة مخصوصة .

الإقرار : من معاني الاقرار في اللغة : الاعتراف . يقال : أقر بالحق إذا اعترف به . وأقر الشيء أو الشخص في المكان : أثبته وجعله يستقر فيه .

وفي اصطلاح الفقهاء ، الإقرار : هو الإخبار عن ثبوت حق للغير على المخبر ، وهذا تعريف الجمهور . والإقرار عند المحدثين والأصوليين هو عدم الإنكار من النبي ﷺ على قول أو فعل صدر أمامه ، وتنظر أحكامه في مصطلح (تقرير) الملحق الأصولي .

إكراه : الإكراه : - بكسر الهمزة - لغة : - حمل الانسان على مالا يريده وإجباره وإلزامه بما يكره ، طبعًا أو شرعًا .

والإكراه - شرعًا . اسم لفعل من يفعل الأمر لغيره فينتفي به اختياره . أو هو : عبارة عن تهديد القادر على ما هدد غيره بمكروه على أمر ، بحيث ينتفي به بالمرض .

التزام : التزام في اللغة : لزم الشيء لزومًا ، أي ثبت ودام ولزمه المال : وجب عليه .

ويطلق مصطلح الالتزام في الفقه الإسلامي بطريق الاشتراك على أحد معنيين : معنى خاص وعام ، فتعريفه بمعناه الخاص : إيجاب الإنسان على نفسه شيئًا من المعروف ، مطلقًا أو معلقًا على شيء .

وتعريفه بالمعنى العام : إيجاب الإنسان أمرًا على نفسه إما باختياره أو إرادته من تلقاء نفسه .

أمانة : الأمانة : بفتح الهمزة والميم ممدودة - والجمع : الأمانات هي كل ما يؤتمن عليه ، مالًا أو أسرارًا أو حرمًا . والأمانة أعم من الوديعة ، لاشتراط قصد الحفظ في الوديعة ، بخلاف الأمانة ، والأمانة عين ، والوديعة معنى الأمانة في المصطلح القرآني : هو الحقوق المرعية التي يجب الحفاظ عليها وأداؤها ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾ [النساء 58] .

والأمانة - في قوله تعالى : ﴿ إِنَّا عَرَضۡنَا ٱلۡأَمَانَةَ ﴾ [الأحزاب 72] هي العقل . وقيل : الفرائض . وقيل : العدالة . وقيل : كلمة التوحيد .

امتياز : الامتياز في اللغة يعني الانفصال والعزل . ولا يعهد للفقهاء استعمال لهذه الكلمة بغير هذا المدلول اللغوي . أما في الاصطلاح القانوني فيطلق الامتياز على منع حق خاص أو إذن بتشغيل أو استئجار معين تقوم به حكومة أو شركة خاصة ، كامتياز تمنحه الحكومة لشركة .

انتفاع : الانتفاع بالشيء لغة : الوصول إلى خيره . من النفع ، وهو ما يستعان به في الوصول إلى الخيرات . وما يتوصل به إلى الخير ، فهو خير ، فالنفع خير ، وضده الضر .

وفي الاصطلاح الشرعي عرَّف بعض الفقهاء الانتفاع الجائز بأنه حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبتها مملوكه له . وغالبًا ما يستعمل الفقهاء كلمة الانتفاع مضافة إلى الحق أو الملك .

أنطاع : الأنطاع : بفتح الهمزة - والمفرد النِّطع : - هو البساط من الأديم - ويجمع أيضًا على : نطوع - وكانت الأنطاع من أكسية الكعبة .

الإنفاق : الإنفاق – بكسر الهمزة – للمال : – إطراحه من الحوزة وصرفه في أي وجه ، لقاء عائد أو بغير تطوعًا وامتثالاً .

وفي القرآن الكريم ﴿ قُل لَّوْ أَنتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَآئِنَ رَحْمَةِ رَبِّيٓ إِذًا لَّأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ ٱلْإِنفَاقِ ﴾ [الإسراء 100] والنفقة هي المال المصروف – وجمعها نفاق ونفقات . وأنفق الرجل : ذهب طعامه في سفر أو حضر .

إنكار : الإنكار : – بكسر الهمزة ، من معانيه : الجهل ، وفي القرآن الكريم : ﴿ فَدَخَلُوا۟ عَلَيْهِ فَعَرَفَهُمْ وَهُمْ لَهُۥ مُنكِرُونَ ﴾ [يوسف 58] . والإنكار للحق : جحده ، وفي القرآن الكريم : ﴿ يَعْرِفُونَ نِعْمَتَ ٱللَّهِ ثُمَّ يُنكِرُونَهَا ﴾ [النحل 83] . والإنكار : إخبار لنفسه بما في يده – فهو غير الشهادة والدعوى ، الإقرار . والإنكار للذات : مجانبة الأثرة ، والتضحية عن قصد في سبيل الغير .

الأهلية : الأهلية في اللغة : تعني الجدارة والكفاية لأمر من الأمور . أما في المصطلح الفقهي فهي : كون الإنسان . بحيث يصحّ أن يتعلّق به الحكم والمقصود بالحكم الخطاب التشريعي . فالأهلية صفة أو قابلية في الإنسان يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحًا لأن يتعلق به الخطاب التشريعي ، باعتبار أن الشارع فيما شرع إنما يخاطب الناس بالأحكام آمرًا ناهيًا ويلزمهم بتنفيذها واحترامها .

إيجاب : الإيجاب : – بكسر الهمزة الممدودة – في البيع : – هو اللفظ الذي يصدر أولًا من أحد المتعاقدين ، مثل قوله : بعت ، واشتريت وهناك فرق بين ما « يوجب » وبين ما « يقتضي » ، إذ الإيجاب أقوى من الاقتضاء ؛ لأنه إنما يستعمل فيما إذا كان الحكم ثابتًا بالعبارة أو الإشارة أو الدلالة ، فيقال : النص يوجب . وأما إذا كان ثابتًا بالاقتضاء ، فلا يُقال : يوجب ، وإنما يقال : يقتضي . وسمي الإيجاب إيجابًا ؛ لأنه موجب وجود العقد إذا اتصل به القبول . والقبول هو المقابل للإيجاب .

بدل : البدل في اللغة معناه : الخلف . ويرد لفظ البدل على ألسنة الفقهاء في أبواب المعاملات المالية بمعنى العوض : وهو ما يُبْذلُ في مقابلة غيره . ومن ذلك قولهم في باب الصرف : يشترط في صحة العقد التقابض في البدلين قبل التفرق وباب الإجارة : الأُجرة هي بدل المنفعة المعقود عليها . وفي البيع : يشترط في كل من البدلين أن يكون مالًا متقومًا ومرادهم في ذلك كله ونحوه من البدل العوض .

البر : البر : بكسر الباء وتشديد الراء – من معانيه : الصلة ، والخير ، والاتساع في الإحسان ، والصدقة ، والطاعة والبر – للرَّحم : – صلته وحسن معاملته – وللوالدين : – التوسع في الإحسان إليهما – والبر – بإطلاق : – كلمة جامعة لكل صفات الخير ، وفي القرآن الكريم : ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ﴾ [المائدة 2] .

البراءة : بفتح الباء - في المصطلحات المالية الديوانية : - حُجة يعطيها الجهبذ أو الخازن للمؤدي بما يؤديه إليه من أموال . والبراءة : الإعذار والإنذار . وفي القرآن الكريم ﴿ بَرَآءَةٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ ﴾ [التوبة : 1] .

البكر : البكر : بكسر الباء وسكون الكاف - والجمع الأبكار - من البشر : - والأنثى التي لم توطأ بنكاح - ومن الإبل : - هي التي وضعت بطنًا واحدة . ومن البهائم : التي لم يفتحلها الفحل . وفي القرآن الكريم ﴿ ثَيِّبَٰتٍ وَأَبۡكَارًا ﴾ [التحريم 5] ﴿ قَالَ إِنَّهُۥ يَقُولُ إِنَّهَا بَقَرَةٌ لَّا فَارِضٌ وَلَا بِكۡرٌ عَوَانُۢ بَيۡنَ ذَٰلِكَۖ ﴾ [البقرة : 68] .

بيت المال : بيت المال في اللغة : هو المكان المعد لحفظ المال خاصًّا كان أو عامًّا ، ومأخوذ من البيت وهو موضوع المبيت . بيت المال في الاصطلاح أو في الشرع : أطلق لفظ بيت مال المسلمين - في صدر الإسلام - للدلالة على المبنى والمكان الذي تحفظ فيه الأموال العامة للدولة الإسلامية .

ثم تطور « بيت المال » في العصور الإسلامية اللاحقة حتى صار يطلق على الجهة التي تملك المال العام للمسلمين من النقود والعروض والأراضي .

البيع : أصل البيع في اللغة : مبادلة المال بالمال . وهو من الأضداد كالشراء ؛ ولذلك يطلق على كل من العاقدين أنه بائع ومشتر . وفي الاصطلاح الفقهي : البيع هو تمليك البائع مالًا للمشتري بمال يكون ثمنا للمبيع . وعبر عنه بعض الفقهاء بأنه مبادلة مال بمال بالتراضي - وهو عند الفقهاء أربعة أنواع :

أحدها : بيع العين بالعين ، كبيع السلع بأمثالها ويسمى بيع المقابضة .

الثاني : بيع العين بالدين نحو بيع السلع بالأثمان المطلقة بالثمن المطلق إليه تنصرف كلمة بيع إذا أطلقت .

الثالث : بيع الدين بالدين ، وهو بيع الثمن المطلقة بالثمن المطلق ويسمى عقد الصرف .

الرابع : بيع الدين بالعين وهو السلم ، حيث إن المسلم فيه مبيع ، وهو دين ورأس المال قد يكون عينًا وقد يكون دينًا غير أن قبضه شرط قبل افتراق العاقدين فيصير بذلك عينًا .

بيع الثنيا (بيع الوفاء) : البيع هو : مبادلة مال بمال . الوفاء لغة : ضد الغدر ، يقال : وفى بعده وأوفى بمعنى واحد ، والوفاء : الخلق الشريف العالي الرفيع وفي اصطلاح الفقهاء ، بيع الوفاء هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه ، وإنما سمي « بيع الوفاء » لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط .

هذا ، ويسميه المالكية « بيع الثنيا » والشافعية « بيع العهدة » والحنابلة « بيع الأمانة » وسمي

في بعض الكتب الحنفية « بيع المعاملة » .

بيع الجزاف : الجزاف اسم من جازف مجازفة من باب قاتل ، والجزاف بالضم خارج عن القياس ، والقياس بكسر الجيم وهو في اللغة من الجزف ، أي الأخذ بكثرة ، وجزف في الكيل جزفًا : أكثر منه .

وبيع الجزاف اصطلاحًا : هو بيع ما يكال ، أو يوزن أو يعد ، جملة بلا كيل ولا وزن ولا عد .

البينة : بفتح الباء : - هي ما يبين الشيء ويوضحه ، حسيًّا كان الشيء أو عقليًّا . والبينة : الحجة الظاهرة . والبرهان : بيان يظهر به الحق من الباطل - والبينة : الشهادة . ويقال : إن الحجة في الشرع ثلاثة أقسام : البينة . والإقرار . والنكول .

تأمين : التأمين في اللغة مأخوذ من الأمانة التي هي ضد الخيانة فيقال : أَمَّنَهُ تأمينًا وائتمنه واستأمنه . أما في لغة الفقهاء فيعنون به قول « آمين » فيقولون : أَمَّنتُ على الدعاء تأمينًا ؛ أي قلت عنده آمين . ومعناه : استجب . أما عقد التأمين فهو عقد معاوضة يلتزم أحد طرفيه وهو المؤمن أن يؤدي إلى الطرف ، وهو المؤمن له أو إلى المستفيد الذي جعل التأمين لمصلحته عوضًا ماليًّا يتفق عليه ، يدفع عند وقوع الخطر أو تحقق الخسارة المبينة في العقد ، وذلك نظير رسم يسمى « قسط التأمين » يدفعه المؤمن له بالنقد والأجل والكيفية التي ينص عليها العقد المبرم بينهما .

التبرع : التبرع في اللغة : التطوع من غير شرط . وتبرع بالأمر : فعَلهُ غير طالب عوضًا .

وأما في الاصطلاح ، فلم يضع الفقهاء تعريفًا للتبرع ، وإنما عرفوا أنواعه كالوصية والهبة والوقف وغيرها . والذي يستنتج من مجموع تعريفاتهم لضروبه وأنواعه أنه بذل المكلف مالًا أو منفعة لغيره في الحال أو المآل بلا عوض بقصد البر والمعروف غالبًا . وعندما تعرض الفقهاء لتصنيف العقود المسماة أدرجوا التبرعات تحت زمرة التمليكات وجعلوها قسيمًا للمعاوضات .

تجارة : التجارةُ في اللغة تعني تقليب المال بالبيع والشراء ونحو ذلك طلبًا للربح . وقد عرفها النووي بأنها : « تقليب المال وتصريفه لطلب النماء » وعرفها المناوي بأنها : « تقليب المال بالتصرف فيه لغرض الربح » .

تدليس : التدليس لغة : كتمان العيب . والتدليس في البيع أن يكون بالسلعة عيب باطن ، فلا يخبر البائع المشتري لها بذلك العيب الباطن ويكتمه إياه . قال الأزهري . والتدليس مأخوذ من الدُّلْسَة ، وهي الظلمة ، فإذا كتم البائع العيب ، ولم يخبر به ، فقد دلس . ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للكلمة عن مدلولها اللغوي .

تركة : تركةُ الميت في اللغة : ما يتركه من الميراث . والجمع تركات . وفي الاصطلاح

اختلف الفقهاء في تعريفها على رأيين : فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن التركة هي كل ما يخلفه الميت من الأموال والحقوق الثابتة مطلقًا . وذهب الحنفية إلى أن التركة هي ما يتركه الميت من الأموال صافيًا عن تعلق حق الغير بعينه .

تعويض : أصل التعويض لغة : إعطاء العوض ، وهو البدل وعند الفقهاء : دفعُ ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق الضرر بالغير .

تلف : التلف في اللغة يعني الهلاك والعطب ، وهو كذلك في الاستعمال الفقهي ، والإتلاف هو إحداث التلف . وقد حكى الفقهاء أن التلف إما أن يكون بعارض سماوي ، وهو ما يعبر عنه بالآفة السماوية أو بالجائحة . وإما أن يكون بفعل من المخلوق ، وهذا يقسمه الفقهاء إلى نوعين : تلف حسي ، وتلف شرعي . ويريدون بالتلف الحسي هلاك العين نفسها ، سواء أتى عليها كلها أو بعضها . ويريدون بالتلف الشرعي - وهو المسمى عند المالكية بالتلف الحُكمي - منع الشارع من الانتفاع بالعين مع بقائها بسبب من المتلف .

تكليف : التكليف لغة : مصدر كلف . فتقول : كلفت الرجل : إذا ألزمته ما يشق عليه .

قال اللّه تعالى : ﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ ﴾ [البقرة : 286] وفي الاصطلاح : طلب الشارع ما فيه كلفة من فعل أو ترك ، وهذا الطلب من الشارع بطريقة الحكم ، وهو الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير .

تمليك : التمليك في اللغة وفي الاصطلاح الفقهي : جعلُ الغير مالكًا للشيء . وهو عند الفقهاء على أربعة أنواع : (الأول) تمليك العين بالعوض . وهو البيع .

(الثاني) تمليك العين بلا عوض . وهو الهبة .

(الثالث) تمليك المنفعة بالعوض . وهو الإجارة .

(والرابع) تمليك المنفعة بلا عوض . وهو العارية .

التوكل : معناه : الثقة بما عند اللّه ، لا بما عند الناس وهو غير التواكل ، الذي هو : أن يكل الناس بعضهم إلى بعض - وفي القرآن الكريم ﴿ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُتَوَكِّلِينَ ﴾ [آل عمران : 159] .

الجزاف : بضم الجيم وفتحها وكسرها - والضم أفصح - وفتح الزاي ممدودة : هو المجهول القدر . والأخذ بكثرة دون تقدير . والبيع بالحدس ، دون كيل أو وزن .

الجعالة : الجِعالة - بكسر الجيم ، وقيل بالتثليث - تطلق في اللغة على الجعل : وهو ما يجعل للإنسان على عمله أعم من الأجر والثواب . أما في الاصطلاح الفقهي فهي التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول يعسر ضبطه .

جنابة : الجنابة لغة : ضد القرب والقرابة ، وجنب الشيء ، وتجنبه ، الجنابة في الأصل : البعد ، ويقال أجنب الرجل وجنب - وزان قرب - فهو جنب من الجنابة . أما تعريفها اصطلاحًا فقد قال النووي : تطلق الجنابة في الشرع على من أنزل المني ، وعلى من جامع ، وسمي جنبا ، وفي نهاية المحتاج : الجنابة شرعًا أمرمعنوي يقوم بالبدن يمنع صحة الصلاة حيث لا مرخص .

الجناية : الجناية في اللغة الذنب والجرم ، قال الجرجاني : الجناية كل فعل محظور يتضمن ضررًا على النفس أو غيرها . والجناية شرعًا : اسم لفعل محرم حل بمال أو نفس . فقالوا أي الفقهاء : جنايات الإحرام ، والمراد بها كل فعل ليس للمحرم أو الحاج أن يفعله . وعبر عنها جمهور الفقهاء بممنوعات الإحرام أو محظوراته ، أو محرمات الإحرام ، الحرم .

الجهاد : الجهاد مصدر جاهد ، وهو من الجهد - بفتح الجيم وضمها - أي الطاقة والمشقة ، وقيل : الجهد - بفتح - هو المشقة ، وبالضم الطاقة . الجهاد اصطلاحًا : قتال مسلم كافرًا غير ذي عهد بعد دعوته للإسلام وإبائه ، وإعلاء لكلمة اللّه .

الحبس : الحبس في اللغة : المنع والإمساك - مصدر حبس يطلق على الموضع وجمعه حبوس . ويقال للرجل : محبوس وحبيس ، أما في الاصطلاح فالحبس هو : تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه والخروج إلى أشغاله ومهماته الدينية والاجتماعية .

الحجر : الحجر في اللغة : المنع . ثم استعمل في اصطلاح الفقهاء في منع مخصوص ، وهو المنع من التصرف في المال . وهو عندهم نوعان : حجر على الإنسان لحق نفسه . وحجر عليه لحق غيره فأما الحجر عليه لمصلحة نفسه فكالحجر على الصبي والمجنون . وأما الحجر عليه لمصلحة غيره فكالحجر على المفلس لحق الغرماء وعلى الراهن في التصرف في العين المرهونة .

الحد : - بفتح الحاء - والجمع : الحدود - من معانيه : الطرف : والنهاية . والمنع - والحاجز المانع بين شيئين . وفي القرآن الكريم : ﴿ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ﴾ [الطلاق : 1] والحد المشترك : هو المتوسط بين مقدارين ، يكون نهاية لأحدهما بداية لثانيهما - ولابد أن يكون مخالفًا لهما .

الحرابة : الحرابة من الحرب التي هي نقيض السلم : يقال : حاربه محاربة ، وحرابًا ، أو من الحرب . بفتح الراء : وهو السلب . والحرابة في الاصطلاح وتسمى قطع الطريق عند أكثر الفقهاء هي البروز لأخذ مال ما أو لقتل أو لإرعاب على سبيل المجاهرة مكابرة ، اعتماد على القوة مع البعد عن الغوث .

الحرث : بفتح الحاء وسكون الراء : هو كسب المال وجمعه . والحرث : الزرع . وفي

القرآن الكريم : ﴿ إِنَّهُۥ يَقُولُ إِنَّهَا بَقَرَةٌ لَّا ذَلُولٌ تُثِيرُ ٱلْأَرْضَ وَلَا تَسْقِى ٱلْحَرْثَ ﴾ [البقرة : 71] والحرث : للأرض : إثارتها – شقها – وتهيئتها للزرع والغرس . والحرث : نعم الدنيا وثواب الآخرة . وفي القرآن الكريم ﴿ مَن كَانَ يُرِيدُ حَرْثَ ٱلْءَاخِرَةِ نَزِدْ لَهُۥ فِى حَرْثِهِۦ ۖ وَمَن كَانَ يُرِيدُ حَرْثَ ٱلدُّنْيَا نُؤْتِهِۦ مِنْهَا وَمَا لَهُۥ فِى ٱلْءَاخِرَةِ مِن نَّصِيبٍ ﴾ [الشورى : 20] .

الحرمة : والتحريم – شرعًا :– الحكم بطلب ترك فعل ينتهي فعله سببًا للعقاب . وهذا الفعل يسمى حرامًا ومحظورًا .

والحرام : حرام لعينه ، وحرام لغيره . وفي القرآن الكريم ﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِى مَآ أُوحِىَ إِلَىَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ ﴾ [الأنعام : 145] .

الحصر : – بفتح الحاء وسكون الصاد : – هو إيراد الشيء على عدد معين .

الحق : الحق في اللغة : الثابت الذي لا يسوغ إنكاره . مصدر حق الشيء يحق . إذا ثبت ووجب . قال الراغب : أصل الحق للمطابقة والموافقة . وفي الاصطلاح الشرعي يستعمله الفقهاء بمعان عديدة ومواضع مختلفة – وكلها ترجع إلى المعنى اللغوي للحق . فقد استعملوه بمعنى عام يشمل كل ما يثبت لشخص من ميزات ومكنات ، سواء أكان الثابت شيئًا ماليًا أو غير مالي . كما استعملوه في مقابل الأعيان والمنافع المملوكة بمعنى المصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع . كما أنهم يلاحظون أحيانًا المعنى اللغوي فقط في الاستعمال .

حكم : الحكم لغة : القضاء . وأصل معناه : المنع ، يقال : حكم اللّه أي قضاؤه بأمر والمنع من مخالفته .

ولتعريف الحكم اصطلاحًا يقيد بالشرعي ، تعريفًا له عن العقلي والعادي وغيرهما ، فالحكم الشرعي عند جمهور الأصوليين هو : خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرًا أو وضعًا . أما عند الفقهاء فهو : أثر خطاب اللّه المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرًا أو وضعًا ، فالحكم عندهم هو الأثر أي الوجوب ونحوه ، وليس الخطاب نفسه .

حلال : الحلال لغة : نقيض الحرام ومثله الحل والحلال والحليل ، وهو من حل يحل حلًّا .

والحلال اصطلاحًا : هو الجائز المأذون به شرعًا .

الحوالة : في اللغة مأخوذة من التحويل ، وهو النقل من موضع إلى آخر . قال المطرزي : أصل التركيب دال على الزوال والنقل .

أما في الاصطلاح الشرعي ، فقد ذهب جماهير الفقهاء إلى أن الحوالة : « نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى » .

الحوز : - بفتح الحاء وسكون الواو : ما يحوزه السلطان وولي الأمر من القطائع . وتسمى : الخاص السلطاني ، والخاص الأميري - الحوز : مرتبة أعلى من الإقطاع .

الحول : بفتح الحاء وسكون الواو : - السنة . وفي القرآن الكريم ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ [البقرة : 233] .

وحول الشيء : ما يحيط به .

حيازة : يقول أهل اللغة أن كل من ضم إلى نفسه شيئًا ، فقد حازه حوزًا وحيازة ، أما في الاصطلاح الفقهي . فأكثر ما تستعمل هذه الكلمة في مذهب المالكية . وإنهم ليستعملونها في كتبهم بمعنيين أحدهما أعم من الآخر .

أما المعنى الأعم ، فيريدون بالحيازة إثبات اليد على الشيء وتمكن منه وهو نفس معنى القبض عند سائر الفقهاء . أما بالمعنى الأخص ، أي الحيازة التي هي سند الملكية للحائز الذي يدعيها فهي وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه بالبناء والغرس والهدم وغير ذلك من وجوه التصرف . فهي عبارة عن سلطة فعلية على شيء يمارسها شخص قد يكون مالكًا لذلك الشيء أو غير مالك له .

خديعة : الخديعة والخدعة مصدر خدع يخدع إظهار الإنسان خلاف ما يخفيه . أو هو بمعنى الختل وإرادة المكروه . ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن هذا .

الخراج : الخراج في اللغة : الغلة - وفي الاصطلاح الفقهي : هو ما يوضع على الأرض غير العُشرية من حقوق تؤدى عنها إلى بيت المال . ذلك أن الفلاحين الذين يعملون فيها قد اكتروها بغلة معلومة .

الخسارة : – بفتح الخاء والسين ممدودة – وكذلك الخسر – والخسار – والخُسران : – انتقاص أوضاع رأس المال ، وغيره من نفيس المقتنيات والمنافع والمملكات . والخسارة – في المكيال أو الميزان : – النقض . وفي القرآن الكريم ﴿ وَأَقِيمُوا۟ ٱلْوَزْنَ بِٱلْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا۟ ٱلْمِيزَانَ ﴾ [الرحمن : 9] .

الخلع : – بضم الخاء وفتحها – لغة : النزع – ومنه خالعت المرأة لزوجها جميع ما أعطاها ، اختص بلفظ : الخلع . وإن بذلت له بعضه ، فهو : الصلح ، وإن بذلت له أكثره ، فهو : الفدية . وإن أسقطت عنه حقها عليه ، فهو المبارأة .

خيار : الخيار في اللغة : اسم مصدر من الاختيار وهو الاصطفاء والانتقاء . ويرد على ألسنة الفقهاء في المعاقدات بمعنى : حق العاقد في اصطفاء خير الأمرين له : إمضاء العقد أو فسخه ، وقد جاء في م 208 من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد : « الخيار : هو أن يكون للعاقد حق فسخ العقد أو إمضائه » .

الدعوى : – من الدعاء – وهي – لغة : – قول يقصد به ويطلب الإنسان إضافة عين عند غيره إلى نفسه ، أو دين على غيره لنفسه ، أو حق قِبل الإنسان والفعل : ادعى . والحق أو الدين مدعى . والخصم : مدعى عليه . وهما : متداعيان .

والدعوى – في عرف الفقهاء : مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته .

الدفع : – بفتح الدال مشددة وسكون الفاء – من معانيه : الرد بقوة – والدفع عن المال : حمايته – والدفع له : إعطاؤه .

والدفع – بمعنى الرد بقوة في الحركة الاجتماعية – يختلف عن الصراع الطبقي – والاجتماعي . فالصراع يحمل معنى : صرع طرف لآخر ، ولذلك كانت الإزالة للآخر ، والانفراد بالامتيازات هي الغاية من الصراع . والدفع : هو صرف الشيء قبل الورود – كما أن الرفع هو : صرف الشيء بعد وروده .

الدليل : – بفتح الدال مشددة – لغة : – المرشد – واصطلاحًا : – ما يلزم من العلم به العلم بشيء آخر . وفي القرآن الكريم ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَا ٱلشَّمْسَ عَلَيْهِ دَلِيلًا ﴾ [الفرقان : 45] .

والدليل الإلزامي : هو ما سلم عند الخصم ، سواء كان مستدلًّا عند الخصم أو لا .

ربا : الربا في اللغة : الزيادة والنماء والعلو . ويطلق في الشريعة على زيادة مخصوصة . وهو فيها نوعان : (أحدهما) ربا الجاهلية ويسمى ربا الديون أو ربا النسبة وله صورتان ، الأولى : أن يتقرر في ذمة شخص لآخر دين ، سواء أكان منشؤه قرضًا أو بيعًا أو غير ذلك . والثانية : أن يقرض شخص آخر عشرة دراهم بأحد عشر أو نحو ذلك إلى أجل .

(والنوع الثاني) ربا البيوع ، وهو ثابت التحريم بقوله ﷺ : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة .. » هذا وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان النهي في الحديث مقتصرًا على الأصناف الستة المذكورة فيه أم أنه يتعداها إلى غيرها ، وإذا كان متعديًا فما هي العلة أو العلل التي يدور معها التحريم وجودًا وعدمًا ؟

الدين : يقال في اللغة : داينت فلانًا ، إذا عاملته دينًا ، إما أخذًا وإما عطاء . والمتداين والمداينة . دفع الدين ، سُمي بذلك لأن أحدهما يدفعه والآخر يلتزمه ويستعمل الفقهاء كلمة الدين بمعنيين أحدهما أعم من الآخر . أما بالمعنى الأعم فيريدون به مطلق « الحق اللازم في الذمة » . بحيث يشمل كل ما ثبت في الذمة من أموال أيا كان سبب وجوبها .

وأما بالمعنى الأخص . أي في الأموال . فللفقهاء قولان في حقيقته (أحدهما) للحنفية ، وهو أنه عبارة عن « ما يثبت في الذمة من مال في معاوضة أو إتلاف أو قرض » وعلى ذلك . خرج عنه كل ما ثبت بغير هذه الأسباب الثلاثة كالزكاة والدية (والثاني) للشافعية والمالكية والحنابلة ، وهو أنه كل ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته ، وعلى ذلك يدخل فيه كل ما لزم في الذمة من أموال سواء ثبتت في نظير عين مالية أو منفعة من غير مقابل كالزكاة .

ربح : الربح في اللغة : الزيادة الحاصلة في التجارة . ثم يتجوز به في كل ما يعود من ثمرة عمل . ويسند الفعل تارة إلى صاحب التجارة ، وتارة إلى التجارة نفسها ، فيقال : ربح في تجارته ، وربحت تجارته .

ويطلق الربح في المصطلح الفقهي على الزيادة في رأس المال نتيجة تقليب المال من حال إلى حال في عمليات التبادل المختلفة .

الرحمة : هي رقة القلب وعطفه . والنعمة الناشئة عن الرحمة . وفي القرآن الكريم :

﴿ وَإِذَآ أَذَقْنَا ٱلنَّاسَ رَحْمَةً مِّنۢ بَعْدِ ضَرَّآءَ مَسَّتْهُمْ إِذَا لَهُم مَّكْرٌ فِىٓ ءَايَاتِنَا ﴾ [يونس : 21] . وذو القرابة من غير العصب .

الرزق : بكسر الراء مشددة وسكون الزاي – والجمع : الأرزاق : – هو ما ساقه اللّه تعالى إلى الحيوان فانتفع به .

الرزق : الخير ، والعطاء الجاري ، دنيويًّا كان أو دينيًّا والرزق الحسن : ما يصل إلى صاحبه بلا كد في طلبه ، وقيل : ما وجد غير مرتقب ولا محتسب ولا مكتسب . والرزق : المطر .

الرضا : الرضا في اللغة خلاف السخط . ورضا العبد عن اللّه أن لا يكره ما يجري به قضاؤه . ورضا اللّه عن العبد هو أن يراه مؤتمرًا لأمره منتهيًا عن نهيه .

وقد اختلف الفقهاء في معنى الرضا على قولين : (أحدهما) للحنفية ، وهو أنه امتلاء الاختيار ، أي بلوغه نهايته (والثاني) لجمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة وهو أنه قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه ، وعلى ذلك فالرضا عند الحنفية أخص من الرضا عند الجمهور فمجرد القصد المتجة نحو ترتيب الأثر يسمى رضا عند الجمهور ، فإن لم يبلغ الاختيار غايته ولم يظهر السرور ، في حين لا يسمى به عند الحنفية إلا إذا تحقق الاستحسان والتفضيل على أقل تقدير .

الرقيق : الرق لغة : مصدر رق العبد يرق ، ضد عتق . والرقيق : المملوك ذكرًا كان أو أنثى . وإنما سمي العبيد رقيقًا ؛ لأنهم يرقون لمالكهم ، ويذلون ويخضعون . والرق في الاصطلاح الفقهي موافق لمعناه لغة ، فهو كون الإنسان مملوكًا لإنسان آخر .

الركاز : يطلق الركاز في اللغة على المال المدفون إما بفعل آدمي كالكنز ، وإما بفعل إلهي كالمعدن .

وقد اختلف الفقهاء في حقيقة الركاز على قولين : (أحدهما) لجمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة وهو أنه المال المدفون في الجاهلية (الثاني) للحنفية وهو أنه المال المركوز في الأرض ، مخلوقًا كان أو موضوعًا فيها فيعم المعدن الخلقي والكنز المدفون .

الرهن : الرهن في اللغة كما قال ابن فارس : أصل يدل على ثبات شيء يمسك بحق أو

غيره . وعند الفقهاء يطلق على أمرين : على عقده ، وعلى الشيء المرهون نفسه . فإذا قصدوا به العقد عرفوه بأنه : « المال الذي يُجعلُ وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه » .

الريع : الرَّيْع : بفتح الراء مشددة وسكون الياء : - الغلة ، وأصله النماء والزيادة . يقال : طعام كثير الريع . والرِّيع بكسر الراء مشددة ممدودة : - المكان المرتفع ، والجبل ، والطريق وفي القرآن الكريم ﴿ أَتَبْنُونَ بِكُلِّ رِيعٍ ءَايَةً تَعْبَثُونَ ﴾ [الشعراء : 128] .

الزكاة : الزكاة لغة : النماء والزيادة والبركة والطهارة والصلاح . وتطلق في الشرع على الحصة المقدرة من المال التي فرضها الله للمستحقين ، كما تطلق على نفس إخراج تلك الحصة .

قال النسفي : وسميت الزكاة زكاة ؛ لأنه يزكو بها المال بالبركة ، ويطْهرُ بها المرء بالمغفرة .

زنا : الزنى : الفجور . وهذه لغة أهل الحجاز ، وبنو تميم يقولون : زنى زناء : ويقال زاني مزاناة ، وزناء بمعناه وشرعًا : عرفه الحنفية بتعريفين : أعم ، وأخص . فالأعم يشمل ما يوجب الحد ومالا يوجبه ، وهو وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته . وعند المالكية بأنه : وطء مكلف مسلم فرج آدمي لا ملك له فيه بلا شبهة تعمدًا .

وهو عند الشافعية : إيلاج حشفة أو قدرها في فرج محرم لعينه مشتهى طبعًا بلا شبهة . وعرفه الحنابلة : بأنه فعل الفاحشة في قبل أو في دبر .

سد الذرائع : الزريعة في اللغة هي الوسيلة إلى الشيء مطلقًا ، وسدها يعني الحيلولة دون إتيانها .

والذرائع في الاصطلاح الشرعي : هي الأشياء التي ظاهرها الإباحة ، ويتوصل بها إلى فعل محظور . قال الشاطبي : وحقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة .

سرقة : السرقة : بفتح السين مشددة وكسر الراء - أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة مملوكة محرزًا بلا شبهة بمكان أو حافظ . أو هي : أخذ مال معتبر ، من حرز أجنبي لا شبهة فيه ، وهو قاصد للحفظ في نومه أو غيبته .

سلب : السلب في اللغة : هو الشيء المسلوب . أي ما ينزع من الإنسان وغيره . ومن

السلب : وهو أخذ الشيء بخفة واختطاف . أما في الاصطلاح الشرعي فهو : مركب القتيل وما عليها من السلاح والثياب والسرج واللجام وغيرها .

سلف : يطلق السلف في اللغة وفي الاستعمال الفقهي على عقد السلم . غير أن السلم لغة أهل الحجاز ، والسلف لغة أهل العراق . كذلك يطلق عند الفقهاء على القرض .

فيقال : تسلف واستسلف ، إذا استقرض مالًا ليرد مثله .

السلم : السَّلَم : - بفتح السين مشددة وفتح اللام - لغة : التقديم والتسليم - ويسمى بالسلف أيضًا ، وفي الشرع : اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلًا ، وفي المثمن آجلًا . وسمي بالسلم ؛ لما فيه من وجوب تقديم الثمن .

الشراء : الشراء : - بكسر الشين مشددة - والاشتراء : - التملك بالمبادلة والمعاوضة ، أي تمليك مال بمال والأكثر مجيء : شروا بمعنى : باعوا ، وفي القرآن الكريم ﴿ وَلَبِئْسَ مَا شَرَوْا بِهِۦٓ أَنفُسَهُمْ ﴾ [البقرة : 102] . واشتروا بمعنى : ابتاعوا . وفي القرآن الكريم ﴿ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ ٱشْتَرَوُاْ ٱلضَّلَٰلَةَ بِٱلْهُدَىٰ ﴾ [البقرة : 16] .

الشرط : الشرط في اللغة : هو العلامة . وجمعه شروط . كذلك تسمى الصكوك شروطًا ؛ لأنها علامات دالة على التوثيق .

والشرط في الاصطلاح الفقهي : هو ما يتوقف ثبوت الحكم عليه . وقد قسم الفقهاء الشرط باعتبار مصدر اشتراطه إلى قسمين : جعلي وشرعي .

شركة : أصل الشركة في اللغة : توزيع الشيء بين اثنين فأكثر على جهة الشيوع . وفي الاصطلاح الفقهي : هي اختلاط نصيبين فصاعدًا ، بحيث لا يتميز أحدهما عن غيره . ثم أطلق اسم الشركة على العقد ، وإن لم يوجد اختلاط النصيبين . وقيل : « هي اجتماع شخصين فأكثر في استحقاق أو تصرف » .

شركة الأبدان : قال الشيرازي : شركة الأبدان هي الشركة على ما يكتسبان بأبدانهما ، وعرفها الحنابلة بأنها : « اشتراك اثنين فأكثر فيما يمتلكان بأبدانهما من مباح ، أو يتقبلانه في ذممهما من عمل » .

شركة الأعمال (عمل) : وهي أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يتقبلوا نوعًا معينًا من العمل أو أكثر ، أو غير معين لكنه عام ، وأن تكون الأجرة بينهم بنسبة معلومة .

شركة الأموال (المال) : وهي عقد بين اثنين فأكثر على أن يتجروا في رأس مال لهم ، ويكون الربح بينهم بنسبة معلومة سواء عُلِمَ مقدار رأس المال عند العقد أم لا ؛ لأنه يعلم عند الشراء ، وسواء شرطوا أن يشتركوا جميعًا في كل شراء وبيع أم شرطوا أن ينفرد كل واحد بصفقاته أم أطلقوا .

شركة جبر : وهي نوع من الشركة انفرد المالكية بإثباتها ، وتمسكوا فيه بقضاء عمر ، وحدها بعضهم بأنها : « استحقاق شخص الدخول مع مشتر سلعة لنفسه من سوقها المعد لها على وجه مخصوص » .

شركة صنائع : شركة الصنائع : وتسمى الشركة المنحرفة ، وشركة التقبل ، وشركة الأعمال ، وشركة الأبدان ، وشركة التضمين أيضًا . وكأن يشترك خياطان ، أو خياط وصباغ ، وأن يتقبلا العمل بأجر بينهما ، بتساو أو بتفاوت .

شركة عنان : شركة عنان : وهي أن يشترك اثنان ببعض المال ، أو مع التساوي في المال ، أو مع فضل مال أحدهما مع المساواة في الربح أو الاختلاف فيه . فيتقارب أطرافها في كل أو بعض مقوماتها . وهي تتضمن وكالة فقط ، ولا كفالة .

شركة المفاوضة : شركة المفاوضة : هي أن يشترك اثنان بالمساواة مالًا وتصرفًا ودينًا وربحًا ، فهي وكالة وكفالة .

شفعة : الشفعة في اللغة : اسم للملك المشفوع بملكك . من قولهم : كان وترًا فشفعته بآخر ؛ أي جعلته زوجًا له .

أما الشفعة في الاصطلاح الفقهي : فهي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ، ولو جبرًا على المشتري ، بما قام عليه من الثمن والمؤن .

الشهادة : بفتح الشين مشددة والهاء ممدودة لغة : - خبر قاطع - وشرعًا : - بيان الحق ، سواء كان على الشاهد أم غيره ، وخبر قاطع يختص بمعنى يتضمن ضرر غير المخبر ، وفي

القرآن الكريم ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا ٱلشَّهَٰدَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ ﴾ والشهادة غير الإقرار ، وقيل : هي إقرار مع العلم وثبات اليقين والإقرار قد ينفك عن ذلك .

الصدقة : بفتح الدال لغة : ما يعطى على وجه التقرب إلى اللّه تعالى ، لا على وجه المكرمة ويشمل هذا المعنى الزكاة وصدقة التطوع .

وفي الاصطلاح : تمليك في الحياة بغير عوض على وجه القربة إلى اللّه تعالى ، وهي تستعمل بالمعنى اللغوي الشامل ، فيقال للزكاة : صدقة ، ويقال للتطوع : صدقة ، وقد تطلق الصدقة على الوقف ، وقد تطلق على كل نوع من المعروف .

الصلاة : أصلها في اللغة : الدعاء ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَصَلِّ عَلَيْهِمْ ﴾ أي : ادع لهم وفي الاصطلاح ، قال الجمهور : هي أقوال وأفعال مفتتحة بالتكبير ، مختتمة بالتسليم مع النية ، بشرائط مخصوصة .

الصلح : الصلح – بضم الصاد مشددة وسكون اللام – لغة : اسم من المصالحة ، والتصالح خلاف المخاصمة والتخاصم ، وهو مختص بإزالة النفار بين الناس .

أما في الاصطلاح الفقهي : فقد اتفقت المذاهب الأربعة على أن الصلح عبارة عن معاقدة يرتفع بها النزاع بين الخصوم ، ويتوصل بها إلى الموافقة بين المختلفين ، فهو عقد وضع لرفع المنازعة بعد وقوعها بالتراضي عندهم ، وزاد المالكية على هذا المدلول : العقد على رفعها قبل وقوعها أيضًا وقاية ، فجاء في حد الإمام ابن عرفة للصلح أنه انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه « ففي التعبير » خوف وقوعه إشارة إلى جواز الصلح .

صناعة : الصناعة لغة : حرفة الصانع وعمله . وقال الكفوي : كل علم مارسه الرجل سواء كان استدلاليًا أو غيره ، حتى صار كالحرفة له ، فإنه يسمى صناعة .

غير أن الفقهاء خصوا الصناعة بالحرف التي تستعمل فيها ، فقال القليوبي : « الصناعة ما كانت بآلة ، والحرفة أعم منها » .

الصوم : الصوم في اللغة : الإمساك عن الطعام والشراب والكلام والنكاح والسير . والصوم : مصدر صام يصوم صومًا وصيامًا . وفي الاصطلاح : هو الإمساك عن المفطر على

وجه مخصوص .

صيغة : الصيغة لغة : العمل والتقدير . وصيغة القول كذا ؛ أي مثاله وصورته على التشبيه بالعمل والتقدير .

وعرفها بعض الفقهاء المحدثين بقوله : « هي ما يكون به العقد من قول أو إشارة أو كتابة تبيينًا لإرادة العاقد ، وكشفًا عن كلامه النفسي » .

ضمان : أصل الضمان في اللغة : جعل الشيء في شيء يحويه ، ومن ذلك قولهم : ضمنت الشيء كذا : إذا جعلته في وعائه فاحتواه . أما الفقهاء فقد استعملوا مصطلح الضمان بمعان ثلاثة : فاستعمله فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة بمعنى الكفالة التي « هي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في الالتزام الحق » واستعمله فقهاء الحنفية بمعنى : « الالتزام بتعويض مالي غير ضرر الغير » . واستعمله جُلّ الفقهاء بمعنى تحمّل تبعةِ الهلاك ، وهو المدلول المقصود في القاعدة الفقهية « الخراج بالضمان » .

ضرر : الضرُّ والضَّرر لغة : الأذى . يقال : ضرَّه يضره : إذا فعل به مكروهًا . ويرد لفظ « الضرر » على ألسنة الفقهاء بمعنى إلحاق مفسدة بالغير مطلقًا ، سواء أكانت في الأموال أو الحقوق أو الأشخاص .

الطلاق : الطلاق في اللغة : الحل ورفع القيد ، هو اسم مصدره التطليق ، ويستعمل استعمال المصدر .

والطلاق في عرف الفقهاء هو : رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه والأصل في الطلاق أنه ملك الزوج وحده ، وقد يقوم به غيره بإنابته .

العارية : مشتقة من العرية – أي العطية – من التعاور وهو التداول والجمع عواري – وقيل إنها منسوبة إلى العار ؛ لأن طلبها عار وهي شرعًا : عبارة عن تمليك المنافع – أي دون الأعيان – بغير عوض فهي عارية عن المعوض .

العتق : العتق والعتاق في لغة الفقهاء يعني زوال الرق ، أو الخروج من المملوكية . فهو عبارة عن إسقاط المولى حقه عن مملوكه بوجه مخصوص ، به يصير المملوك من الأحرار .

العدة : العدة لغة : مأخوذة من العد والحساب ، والعد في اللغة ، الإحصاء ، وسميت بذلك ؛ لاشتمالها على العدد من الأقراء أو الأشهر غالبا ، وفي الاصطلاح : هي اسم المدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها ، أو للتعبد أو لتعجمها على زوجها .

العدل : في اللغة : بفتح العين وكسرها وسكون الدال المثل ، وفي المنهج : هو الأمر الوسط الموازن بين طرفي الإفراط والتفريط . والعدل في الأصل : ضد الجور وأن يعطي الإنسان ما عليه ويأخذ ماله ، ويتحرى الواجب .

واصطلاحًا : قال ابن القيم : العدل هو الأخذ بالوسط الموضوع بين طرفي الإفراط والتفريط ، وعليه بناء مصالح الدنيا والآخرة ، بل لا تقوم مصلحة البدن إلا به . ويرد مصطلح العدل في الاستعمال الفقهي في عدة مواطن منها : يطلق هذا المصطلح على من رضي الراهن والمرتهن أن يكون المرهون بيده ، سمي بذلك ؛ لعدالته .

عربون : العربون : هو بيع العربون - أو العربان - في اللغة واستعمال الفقهاء : هو أن يشتري الرجل السلعة ويدفع للبائع مبلغًا من المال ، على أنه إن أتمَّ البيع حُسِبَ ذلك المبلغ من الثمن ، وإن لم يتم ، كان للبائع .

العرف : العرف لغة : ضد النكر . وأصله المعروف من الخير والبر والإحسان ، ثم أطلق على ما يتعارفه الناس فيما بينهم . والنسبة إليه عرفيّ .

أما العرف عند الفقهاء فهو ما استقر في النفوس من جهة العقول . وقيل : ما عرف العقلاء أنه حسن ، وأقرهم الشارع عليه . والعرف في المعاملات المالية معتبر بمنزلة الشرط فيها ، وعلى ذلك جاء في القواعد الفقهية « المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا » و « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » .

عصمة : العصمة : بكسر العين وسكون الصاد : هي المنع ، والحرمة - وعصمة المال : حرمته - وفي الحديث النبوي « أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا اللّه ... فقد عصم مني ماله ودمه ... » . وعصم بعضهم : أكسب ، ومنع ، ووقى ، وعصم القربة : جعل لها عصامًا ، يعصم ماءها ويمنعه من السيل .

عفو : العفو - بفتح العين وسكون الفاء - لغة في المال : الفضلة والزيادة عن النفقة . وفي

القرآن الكريم : ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ ٱلْعَفْوَ ﴾ [البقرة : 219] .

والعفو شرعًا . مازاد على النصاب من المال . والعفو من المال : ما طاب وكثر ، وأعفى الرجل : أنفق العفو من ماله .

عقد : يطلق العقد في اللغة على جملة معان ، منها : الشد والربط والإحكام والتوثيق والجمع بين أطراف الشيء . أما في الاصطلاح الفقهي ، فيستعمل الفقهاء كلمة العقد في مدوناتهم بمعنيين : أحدها – وهو المشهور – : الربط الحاصل بين كلامين أو ما يقوم مقامهما كالإشارة والكتابة على وجه يترتب عليه حكم شرعي . والثاني : وهو أعم من الأول بحيث لا يستوجب وجود طرفين له في جميع حالاته ، بل قد يكون من جانب واحد .

العلم : العلم : – بكسر العين وسكون اللام – والجمع : العلوم : – هو المعرفة والمؤسسة على منهج ، والمتجسدة في حقائق وقوانين . وفي القرآن الكريم ﴿ قَالُواْ سُبْحَٰنَكَ لَا عِلْمَ لَنَآ إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَآ إِنَّكَ أَنتَ ٱلْعَلِيمُ ٱلْحَكِيمُ ﴾ [البقرة : 32] .

عُمْرى : العمرى نوع من الهبة ، وهي في اللغة مأخوذة من العمر : وهو مدة عمارة البدن بالحياة . يقال : أعمرته الدار . أي جعلت له سكناها عمرة . فهي إذًا هبةُ شيء مدة عمر الموهوب له أو الواهب بشرط الاسترداد بعد موت الواهب أو الموهوب له .

ولا يخرج الاستعمال الفقهي للكلمة عن مدلولها اللغوي .

عمل : العمل : – بفتح العين والميم – والجمع : الأعمال : – هو إحداث الشيء – والقائمون به : عملة وعُمال – وأجرتهم : هي العمالة والعملة . والعمل : ما يفعله الحيوان بقصد ، فيفترق عن العمل ، والذي يكون بقصد وبغيره . والعمل : المهنة والفعل . والعمل لا يقال إلا فيما كان عن فكر وروية ؛ ولذلك اقترن بالعلم ، حتى قيل : إن قلب لفظ العمل عن لفظ العلم هو تنبيه على أنه من مقتضاه . وفي القرآن الكريم ﴿ أَنِّي لَآ أُضِيعُ عَمَلَ عَٰمِلٍ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ ﴾ [آل عمران : 195] .

العوض : العوض مصدر عاضه عوضًا وعياضًا ومعوضةً وهو البدل ، تقول : عُضْت فلانًا وأعضيته وعوّضته : إذا أعطيته بدل ما ذهب منه والعوض في اصطلاح الفقهاء هو مطلق البدل ، وهو ما يبذل في مقابلة غيره . ومن إطلاقات العوض ثواب الآخرة .

عيب : العيب : - بفتح العين وسكون الياء : - النقص وفي القرآن الكريم ﴿ أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَٰكِينَ يَعْمَلُونَ فِى ٱلْبَحْرِ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا ﴾ [الكهف : 79] .والعيب الفاحش - بخلاف العيب اليسير : - هو مالا يدخل نقصانه تحت تقويم المقومين . والعيب اليسير : هو ما ينقص من مقدار ما يدخل تحت تقويم المقومين .

غبن : الغبن : - بفتح الغين وسكون الباء : - هو الخداع من الزيادة والنقصان ، وأخذ الشيء بدون قيمته ، والاهتضام في المعاملة والبخس والوكس في البياعات ومنه : الغبن اليسير : وهو ما يقومه مقوم . والغبن الفاحش : وهو مالا يدخل تحت تقويم المقومين .

وقيل : إن الغبن الفاحش هو مالا يتغابن الناس فيه ، وهو ما يتحرزون عنه من التفاوت في المعاملات .

غرر : الغرر لغة : الخفر . وقيل : أصل الغرر النقصان .

أما الغرر في الاصطلاح الفقهي ؛ فهو ما كان مستور العاقبة .

غرس : الغرس في اللغة مصدر غرس يغرس ، يقال : غرس الشجر غرسًا إذا أثبته في الأرض ، ولا يخرج معنى الغرس في الاصطلاح عن المعنى اللغوي .

غصب : الغصب في اللغة : أخذُ الشيء ظلمًا وقهرًا .

وفي الاصطلاح الفقهي : « هو أخذ مال متقوم محترم بلا إذن مالكه دون خفية » .

والفرق بين الغاصب والسارق : أن السارق يأخذ مال الغير خفية من موضع كان ممنوعًا من الوصول إليه . أما الغاصب فيأخذ مال الغير ظلمًا وقهرًا جهارًا معتمدًا على قوته .

غش : الغش لغة : الخديعة ضد النصح . وحقيقته إظهار المرء خلاف ما أضمره لغيره ، مع تزيين المفسدة له . ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للغش عن معناه اللغوي .

أما الفرق بين الغش والتدليس ، فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى أن الغش أعمُّ من التدليس . وقال بعضهم بالعكس .

الفساد الفساد في اللغة : نقيض الصلاح وخروج الشيء عن الاعتدال ، قليلًا كان الخروج أو كثيرًا ، يقال : فسد اللحم : أنتن ، وفسدت الأمور . اضطربت وفسد العقد بطل .

وفي الاصطلاح : عرّف جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الفساد بأنه : مخالفة الفعل الشرع بحيث لا تترتب عليه الآثار ، ولا يسقط القضاء من العبادات . وعرّف الحنفية الفساد بأنه ما شرع بأصله دون وصفه .

فسخ : الفسخ : - بفتح الفاء وسكون السين - لغة : - هو النقض والتفريق - وشرعًا : - رفع العقد الحقيقي أو الحكمي - على وصف كان قبله بلا زيادة ونقصان .

الفقر : بفتح الفاء وسكون القاف : - هو فقد ما يحتاج إليه . وفي القرآن الكريم ﴿ ٱلشَّيۡطَٰنُ يَعِدُكُمُ ٱلۡفَقۡرَ وَيَأۡمُرُكُم بِٱلۡفَحۡشَآءِۖ ﴾ [البقرة : 268] .

والفقير : هو الذي لا يحوز كفايته للعام ومن يعول .

القبض : القبض لغة : تناول الشيء بجميع الكف ويستعار لتحصيل الشيء وإن لم يكن فيه مراعاة الكف . ولا خلاف بين الفقهاء على اختلاف مذاهبهم في أن القبض عبارة عن حيازة الشيء والتمكن من رقبته ، سواء أكان ما يمكن تناوله باليد أو لم يكن .

القبول : يقال في اللغة : قبلت القول ؛ أي صدقته . وقبلت الهدية ؛ أخذتها . أما في اصطلاح الفقهاء : هو عبارة عن لفظ صدر عن أحد المتعاقدين ثانيًا ، ويقابله الإيجاب ، الذي يصدر أولًا - فالقبول : هو جواب الإيجاب - فهو عبارة عن ترتيب المقصود على الطاعة .

القراض : - بكسر القاف وفتح الراء ممدودة : - هو أن يعطي الرجلُ الرجلَ المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال ، أي جزء مما يتفقان عليه .

والقراض : هو المضاربة - بلغة أهل الحجاز . والقراضة : - بضم القاف وفتح الراء ممدودة : - هي الأجزاء الصغيرة من الدنانير والدراهم .

القرض : القرض لغة : بفتح القاف وسكون الراء والجمع : القروض - وهو القطع أي أن تعطي غيرك مالًا ، على أن يكون دينًا عليه ، يرده هو أو مثله إليك . واصطلاحا : يعرفه الفقهاء بأنه . « دفع المال لمن ينتفع به على أن يردّ بدله » .

ويسمى نفس المال المدفوع على الوجه المذكور قرضًا في لغة الفقهاء والقرض بهذا المعنى هو القرض الحقيقي .

قسمة : القسمة لغة : التفريق – وفي المصطلح الفقهي : هي تمييز الحقوق وإفراز الأنصباء وعلى ذلك عُرفت أنها : « جمع نصيب شائع في معين » . أي في نصيب معين . وإنما كانت جمعًا للنصيب بعد تفرق ، لأنه كان قبل القسمة موزعًا على جميع أجزاء المشترك ؛ إذ ما من جزء مهما قل إلا ولكل واحد من الشركاء فيه بنسبة ماله في المجموع الكلي – ثم صار بعد القسمة منحصرًا في جزء معين لا تتخلله حقوق أحد من بقية الشركاء ، ولو كانت الجزئية باعتبار الزمان كما في المهايأة الزمانية .

القصاص : القصاص : – بكسر القاف وفتح الصاد ممدودة : هو أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل ، من مثل : القتل بإزاء القتل . وإتلاف الطرف بإزاء إتلاف الطرف وفي القرآن الكريم ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ [البقرة : 179] .

القضاء : القضاء : – بفتح القاف والضاد ممدودة : – هو إسقاط الواجب . وهو : محض : وهو مالا يكون فيه معنى الأداء أصلًا ، لا حقيقة ولا حكمًا .

والقضاء – شرعًا : – هو عبارة عن تسليم مثل الواجب في غير وقته . والقضاء : تسليم مثل – وليس عين – ما وجب بالأمر إلى مستحقه . وفي القرآن الكريم ﴿ فَلَمَّا قَضَىٰ مُوسَى ٱلْأَجَلَ ﴾ [القصص : 29] .

قوة : القوة في اللغة : الطاقة الواحدة من طاقات الحبل أو الوتر أو الخصلة الواحدة منه ، ففي الحديث : « لينقضن الإسلام عروة عروة كما ينقض الحبل قوة قوة » والقوى جمع قوة ، مثل غرفة وغرف ، ويكون ذلك في الجسم ، ومنه قوله تعالى : ﴿ عَلَّمَهُۥ شَدِيدُ ٱلْقُوَىٰ ﴾ [سورة النجم : 5] . ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي .

قياس : القياس في اللغة : تقدير شيء على مثال شيء ، وتسويته به ؛ لذلك سمي المكيال مقياسًا .

أما في الاصطلاح فقد اختلف علماء الأصول فيه حتى قال إمام الحرمين : يتعذر الحد الحقيقي في القياس لاشتماله على حقائق مختلفة ، كالحكم ، والعلة والفرع والجامع .

الكذب : الكذب لغة : الإخبار عن الشيء بخلاف ما هو ، سواء فيه العمد والخطأ .

ولا يخرج اصطلاح الفقهاء عن المعنى اللغوي .

الكراء : الكراء في اللغة مصدر كارى . أكريتُ الدار والدابة أي أجرتها . ويطلق الكراء عند الفقهاء على الأجرة نفسها كما يطلق على عقد الإجارة ، غير أن المالكية منهم يفرقون بين الكراء والإجارة بتفريق دقيق فيقولون : « الكراء والإجارة شيء واحد في المعنى غير أنه يطلق على العقد على منافع الآدمي وما ينقل من غير السفن والحيوان إجارة ، وعلى العقد على منافع مالا ينقل كالدور والأرضين وما ينقل من سفن وحيوان كراء ، قيل : إن الإجارة تطلق على المنافع من يعقل الأكرية على منافع من لا يعقل . وقد يطلق أحدهما على الآخر .

الكراهة : الكراهة في اللغة مصدر كره ، يقال : كره الشيء كرهًا وكراهًا وكراهية فلا أحبه فهو كريه ومكروه . وفي الاصطلاح خطاب الشارع المقتضي الكف عن الفعل اقتضاء غير جازم .

كسب : أصل الكسب في اللغة : الجمع والتحصيل : ثم أطلق على الفعل المفضي إلى اجتلاب نفع أو دفع ضرر .

ويطلق الفقهاء كلمة الكسب على استفادة المال بطلبه عن طريق أسبابه المعروفة ، وهو عندهم نوعان : كسب حلال وهو ما كان بسبب موافق للشرع وكسب خبيث غير مشروع وهو ما تحصل من طريق محظور شرعًا .

الكفارة : بفتح الكاف والفاء مشددة ممدودة - الجمع : الكفارات - من الكفر - وهو التغطية - لأنها تغطي إثم الحنث وغيره . والكفارة - شرعًا : - ما يكفر المذنب به عن ذنبه ، من صدقه ونحوها - وفي القرآن الكريم ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ إِذَا حَلَفۡتُمۡۚ ﴾ [المائدة : 89] .

الكفالة : بفتح الكاف والفاء ممدودة وتسمى الحمالة ، والضمانة ، والزعامة - لغة : الضم وقيل الضمان - وشرعًا : - هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في التزام المطالبة بالدين .

اللعان : اللعن في اللغة : الإبعاد والطرد من الخير وقيل الطرد والإبعاد من اللّه ، ومن الخلق السب والدعاء ، وكانت العرب فى الجاهلية تحي ملوكها « أبيت اللعن » ومعناه أبيت أيها الملك أن تأتي ما نلعن عليه . ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي .

اللقطة : اللقطة في اللغة : الشيء الذي تجده ملْقى فتأخذه من اللقط ، وهو الأخذ .

وفي الاصطلاح الشرعي : على المال الضائع من ربه يلتقطه غيره . وعلى ذلك عرفها بعض الفقهاء بقوله : « هي ما وجد من حق ضائع محترم ، لا يعرف الواجد مستحقه » تسمى أيضًا لقاطة ولقاطًا .

المال : - والجمع الأموال هو اسم للقليل والكثير من المقتنيات من كل ما يتمول ويملك . ويغلب إطلاقه الآن على النقد ، ذهبًا أو فضة أو العملات التي تقوم مقامهما .

والمال : الأرض الحية وما يخرج منها من طعام وشجر ومرعى ، وجميع الحيوان الذي يرعى نبات الأرض . وفي القرآن الكريم ﴿ ٱلْمَالُ وَٱلْبَنُونَ زِينَةُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ﴾ [الكهف : 46] .

والميل : هو صاحب المال .

المؤلفة قلوبهم : المؤلف لغة من الإلف ، وهو الاجتماع مع الالتئام يقال تألفه ، أي تكلَّف معه الإلف .

والمراد بالمؤلفة قلوبهم في الاصطلاح الشرعي الذين هم أحد أصناف مستحقي الزكاة : الذين تستمال قلوبهم إلى الإسلام بإكرامهم بالبذل والعطاء ، أما المؤلفة قلوبهم الذين كانوا في العهد النبوي فقد عرفهم المطرزي بقوله : هم قوم من أشراف العرب ، كان النبي ﷺ يعطيهم من الصدقات .

المثلي : - بكسر الميم وسكون الثاء وكسر اللام وتشديد الياء - نسبة إلى المثل ، وهو - في الاصطلاح : ماله مثل في الأسواق ، ولا تفاوت بين أجزائه يعتد به كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب .

والمثلي : يقابله القيمي والعيني - كالحيوانات والعروض والعقار والعددي المتفاوت .

المزارعة : بضم الميم وفتح الزاي ممدودة وفتح الراء مفاعلة من الزرع - وهي تقتضي فعلًا من الجانبين مالك الأرض ، والزارع . وهي في عرف الشرع : معاقدة على دفع الأرض إلى من يزرعها على أن تكون الغلة بينهما على ما شرطا ، وذلك بقول مالك الأرض للمزارع : دفعتها إليك مزارعة بكذا وبقول المزارع : قبلت ، أو هي : عقد حرث ببعض الخارج ، أي الحاصل ، مما طرح في الأرض من بذور البر والشعير ونحوهما .

مساقاة : المساقاة لغة مأخوذة من السقي ، وذلك أن يقوم شخص على سقي النخيل والكرم ومصلحتها ، ويكون له من ريع ذلك جزء معلوم .

ولا يخرج استعمال الفقهاء للكلمة عن ذلك المعنى وعلى ذلك عرفت اصطلاحًا بأنها « معاقدة على دفع الشجر والكروم إلى من يصلحها بجزء معلوم من ثمرها » .

المشاحة : بفتح الميم وفتح الشين ممدودة والحاء مشددة : هي المضايقة والمنازعة .

المشاهرة : بضم الميم وفتح الشين ممدودة وفتح الهاء – والجمع : المشاهرات : – هي الراتب الشهري وعادة يكون نقدًا – أما العين – وخاصة الطعام منه – فهو الجراية . والمشاهرة : هي الأموال – نقدًا أو عينًا – الموظفة التي تحصل شهريًّا – والعامة يسمونها الشهرية .

مصاهرة : المصاهرة في اللغة مصدر صاهر ، يقال : صاهرت القوم إذا تزوجت منهم .

وقال الخليل : الصهر أهل بيت المرأة ، قال : ومن العرب من يجعل الأحماء والأختان جميعًا أصهارًا .

وفي الاصطلاح : هي حرمة الختونة .

معاطاة : المعاطاة لغة : المناولة . مأخوذ من عطوت الشيء ؛ إذا تناولته . غير أن الفقهاء استعملوا هذه الكلمة في مناولة خاصة فقالوا : المعاطاة في البيع هي أن يأخذ المشتري المبيع ، ويدفع الثمن للبائع وذلك عن تراض منهما ، من غير تكلم ولا إشارة .

المعاوضة : المعاوضة لغة من العوض ، وهو الخلف ، أو البدلُ الذي يبذل في مقابلة غيره .

والمعاوضة عند الفقهاء تعني : المبادلة بين عوضين وجمعها معاوضات . وعقود المعاوضات في مصطلحهم عبارة عن ضرب من التمليكات التي تقوم على أساس إنشاء حقوق والتزامات متقابلة بين العاقدين بخلاف التبرعات التي تقوم على أساس الرفق والمعونة والمنحة من طرف لآخر دون مقابل .

المقاصة : بضم الميم وفتح القاف ممدودة والصاد مشددة – هي أن يحبس من قابض عطاء ما كان تلمظه أو استلفه .

المقوم : – بضم الميم وفتح القاف وكسر الواو مشددة : هو المسعر ، الذي يحدد قيمة

الشيء وقدره .

منفعة : المنفعة لغة : كل ما يستفاد من الشيء ، عرضًا كان أم عادة ، كاللبن والولد بالنسبة إلى الحيوان ، والثمرة بالنسبة إلى الشجرة ونحو ذلك - مأخوذة من النفع ، وهو في اللغة الخير . ويرى أكثر الفقهاء أن المنفعة لا تطلق إلا على الفائدة العرضية التي تستفاد من الأعيان بطريق استعمالها .

مهر : المهر : - بفتح الميم وسكون الهاء - والجمع مهور ومهورة : هو قيمة بضع المرأة وقت التزويج ، مما يباح به الانتفاع شرعًا من المال أو المنفعة ، معجلًا كان أو مؤجلًا . فهو صداق المرأة أي ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج . ولا يخرج الاستعمال الفقهي للكلمة من مدلولها اللغوي . وقد عرف بعض الفقهاء المهر بأنه : « ما يقابل البضع من المال حالًّا » .

المُياومة : بضم الميم وفتح الياء ممدودة - من اليوم : هي تقدير الأجر حسب أيام العمل ، وذلك بجعل اليوم هو وحدة العمل والأجر ، وليس الشهر أو العام .

الميراث : الميراث بكسر الميم ممدودة - وكذلك : الورث ، والإرث ، والتراث : - هو الشيء يكون لقوم ثم يصير إلى خلفهم ، بنسب أو سبب . وفي القرآن : ﴿ ثُمَّ أَوْرَثْنَا ٱلْكِتَٰبَ ٱلَّذِينَ ٱصْطَفَيْنَا مِنْ عِبَادِنَا ۖ ﴾ [فاطر : 32] . ﴿ وَقَالُوا۟ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ ٱلَّذِى صَدَقَنَا وَعْدَهُۥ وَأَوْرَثَنَا ٱلْأَرْضَ ﴾ [الزمر : 74] .

﴿ وَنَجْعَلَهُمْ أَئِمَّةً وَنَجْعَلَهُمُ ٱلْوَٰرِثِينَ ﴾ [القصص : 5] . ﴿ وَلِلَّهِ مِيرَٰثُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ ۗ ﴾ [آل عمران : 180] .

الميسر : بفتح الميم وسكون الياء وكسر السين : هو ميسر اللهو ، كالنَّرد والشطرنج ، وغيرهما من الملاهي وميسر القمار : هو الذي تكون فيه المقامرة ، أي المخاطرة - ويطلق الميسر على ما يتقامرون عليه .

الناسخ : بفتح النون مشددة ممدودة وكسر السين - في الوظائف الديوانية : هو كاتب ، في ديوان المال ، ينسخ التوقيعات والمكاتبات الصادرة والواردة .

الندب : بفتح النون مشددة وسكون الدال : هو الدعاء إلى أمر جميل .

النصاب : نصاب كل شيء لغة يعني أصله . والجمع نُصُب وأنصبة . وأما في اصطلاح الفقهاء فيرد لفظ « النصاب » في باب الزكاة ، ويراد به على ألسنتهم : القدر المعتبر لوجوبها .

النعم : بالفتح - والجمع : الأنعام - وجمع الجمع أناعيم : هي أحد الأصناف الثمانية : البقرة - الإبل - المعز - والضأن - فهذه أربعة ، ومع أنثاها تكون أصناف النعم الثمانية .

وقيل : النعم : هي الإبل خاصة ، والأنعام : الإبل والبقر والغنم .

النفقة : النفقة في اللغة اسم من الإنفاق وهو الإخراج : قال النهانوي : والتركيب يدل على المضي بالبيع ، نحو نفق المبيع نفاقًا ، نحو نفقت الدابة نفوقًا أي ماتت . أو بالفناء ، نحو نفقت الدراهم نفقًا أي فنيت . أما مصطلح « النفقة » عند الفقهاء ، فالمراد به الإدرار على الشي بما يقوم بقاؤه به . وقيل : هي ما يتوقف عليه بقاء شيء ، من المأكل والملبس والسكن .

النقد : - بفتح النون مشددة وسكون القاف : هو المسكوك من الذهب والفضة - يطلق الآن على ما يقوم مقامهما في المداولات المالية . والنقد - والتناقد : هو تمييز الدراهم والدنانير ونظرها لمعرفة جيدها من رديئها . ونقدته المال : أعطيته إياه نقدًا معجلًا . وانتقده : قبضه .

النكاح : أي نكح فلان امرأة ينكحها نكاحًا إذا تزوجها . ونكحها ينكحها : باضعها أيضًا ، وكذلك دحمها وخجأها ، وقال الأعشى في نكح بمعنى تزوج وقوله ﷻ : ﴿ ٱلزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً ﴾ تأويله لا يتزوج الزاني إلا زانية ، كذلك الزانية لا يتزوجها إلا زان .

الهبة : الهبة في اصطلاح اللغويين تعني العطية الخالية عن الأعواض والأغراض ، أي الإعطاء بلا عوض ، أما الهبة والهدية والصدقة والعطية عند الفقهاء فهي ألفاظ ذات معان متقاربة ، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض .

الهلاك : الهلاك في اللغة مرادف للتلف ، وهو ذهاب الشيء وفناؤه . وحكى الراغب الأصبهاني أن الهلاك على عدة أوجه منها : افتقاد الشيء عندك ، وهو عند غيرك موجود ، ومنها هلاك الشيء باستحالة وفساد ومنها : الموت ومنها : بطلان الشيء من العالم وعدمه رأسًا ، وذلك هو الهلاك الأكبر المسمى فناء .

وقد جرى على ألسنة الفقهاء استعمال الهلاك و التلف بمعنى واحد ، وهو خروج الشيء

من أن يكون منتفعًا به المنفعة المطلوبة منه عادة .

الواجب : الواجب بفتح الواو ممدودة وكسر الجيم في المصطلحات الضرائبية : ضريبة مملوكية .

الوجوب : الوجوب بضم الواو والجيم ممدودة – له معنيان . الأول : هو الاقتضاء ، بمعنى الاستحقاق والإيجاب . والثاني : الاستغناء ، بمعنى عدم التوقف وعدم الاحتياج .

والواجب : هو الثابت ؛ والوجوب – للبيع : لزومه وثباته ، أي تمامه ونفاذه .

الوديعة : الوديعة في اصطلاح اللغويين مأخوذة من وجود الشيء إذا تركته . وأصله من التوديع وهو الترك ، قال : وهو من المجاز لأن المعنى بإصلاح شأن الرجل إذا يئس من صلاحه تركه .

أما في اصطلاح الفقهاء كلمة الوديعة تعني شرعًا العين التي توضع عند الغير ليحفظها ، وعلى الإيداع بمعنى العقد المقتضي للحفظ . غير أن الفقهاء اختلفوا في تعريف هذا العقد تبعًا لاختلافهم في بعض شروطه ، فالحنفية والمالكية الذين اشترطوا في الشيء المودع أن يكون ملكًا ، ولم يشترطوا في الحفظ أن يكون تبرعًا عرفوه بأنه تسليط المالك غيره على حفظ ماله .

الوصية : الوصية في اللغة : من وَصَيْتُ الشيء إذا وصلْتُه أما في الاصطلاح الفقهي فهي : « تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع » . وقد سميت بذلك ؛ لأن الموصي وصل ما كان في أيام حياته بما بعده من أيام مماته .

وفاء : الوفاء في اللغة يعني ملازمة طريق المساواة والمحافظة على العهود ، وحفظ مراسم المحبة والمخالطة ، سرًا وعلانية ، وقد فرق أبو هلال العسكري بين الوفاء والإنجاز بأن الوفاء يكون في العهود ، والإنجاز في الوعود .

أما الوفاء بمعناه الأخص في الديون والالتزامات فيرد على ألسنة الفقهاء بمعنى الأداء .

الوقف : بفتح الواو وسكون القاف – والجمع أوقاف لغة : الحبس والمنع ، وعند الفقهاء هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة المتحقق من المصارف – كالعارية – بصيغة دالة عليه مدة ما يراه الواقف . وقيل : هو الحبس العين على ملك اللّه تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى اللّه تعالى خاصة على وجه تعود منفعته إلى العباد .

الوكالة : الوكالة بكسر الواو وفتحها وفتح الكاف ممدودة . اسم من التوكيل ؛ بمعنى التفويض والاعتماد . وقد تطلق على الحفظ ، إطلاقًا لاسم السبب على المسبب والوكالة - شرعًا : هي تفويض التصرف إلى الغير أي أن يقيم إنسان أحدًا غيره مقام نفسه في تصرف شرعي ، معلوم ، مورث لحكم شرعي .

الولاء : الولاء بالفتح - لغة : النصرة والمحبة - شرعًا : قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة ، مستلزمة لآثار مخصوصة من الإرث والعقل - عقل الدية - وولاية النكاح والقرابة الحاصلة من العتق تسمى : ولاء العتاقة ، وولاء النعمة . أما القرابة الحاصلة من الموالاة فتسمى : ولاء الموالاة .

الولاية : الولاية يقال في اللغة : ولي الأمر ولاية ؟ بمعنى قام به بنفسه ، وولي عليه ولاية : إذا ملك أمر التصرف فيه .

وفي الاصطلاح الفقهي تنقسم الولاية إلى قسمين ؛ خاصة - وعامة .

فأما الولاية العامة : فهي سلطة تدبير المصالح العامة للأمة وتصريف شؤون الناس ، والأمر والنهي فيهم . أما الولاية الخاصة : فهي سلطة تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتيب آثارها دون توقف على رضا الغير .

وضع اليد : الوضع بفتح الواو وسكون الضاد في المصطلحات الديوانية : هو أن يعلق اسم الرجل في الجريدة - السجل - أي يوضع بين قوسين في سجل العطاء - علامة على وقف عطائه .

الوضع من الدين أو من رأس المال : - هو الحط والتنزيل لجزء منه . واليد : بفتح الياء - من معانيها - الحوزة والملك .

اليمين : اليمين بفتح الباء وكسر الميم ممدودة والجمع : الأيمان ، والأيمن ، والأيامن لغة - القوة - وشرعًا عقد يقوى به عزم الحالف على الفعل والترك .



مراجع الدراسة ومصادر الفقه المالكي

1 – نثبت – هنا – أهم المصادر التي وردت في الكتاب معلقين عليها بما يكشف عن قيمتها في الدرس الفقهي ، فقد يساعد ذلك طالب الفقه الإسلامي المبتدئ – والفقه المالكي بخاصة – على تكوين فكرة عامة عن أهم المصادر التي يرجع إليها .

2 – نقسم هذه المصادر إلى فروع متعددة .

3 – اخترنا الترتيب الأبجدي معيارًا لترتيب الدراسات والمؤلفات .

أولًا : القرآن الكريم .

ثانيًا : كتب السنة :

1 – الجامع الصحيح للإمام البخاري ... محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة المتوفى 256 . ط الشعب .

ويذكر ابن خلدون أن البخاري اهتم بتخريج الأحاديث التي للحجازيين والعراقيين والشاميين ، فاعتمد منها ما أجمعوا عليه دون ما اختلفوا فيه ، ورتب جامعه بحسب الموضوعات ، فكان يكررها لذلك ، حتى يقال : إنه اشتمل على تسعة آلاف حديث ومائتين ، منها ثلاثة آلاف متكررة [1] .

ويذكر ابن خلدون كذلك أنه سمع كثيرًا من شيوخه يقولون : شرح كتاب البخاري دين على الأمة ، ويعنون بذلك أن أحدًا من الأمة لم يكن قام بهذا الواجب ، وفيما بعد جاء ابن حجر فوضع كتابه فتح الباري بشرح صحيح البخاري الذي يستحق أن يكون أداء لهذا الدين . طبعته شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي 1378 هـ – 1959 م .

2 – سنن الترمذي ، أو الجامع الصحيح للترمذي أبي عيسى محمد بن عيسى المتوفى سنة 279 هـ طبعة دار الفكر . ضبط وتصحيح عبد الوهاب عبد اللطيف . الطبعة الثالثة 1398 هـ – 1978 م .

3 – سنن ابن ماجه للقزويني أبي عبد الله محمد بن يزيد المتوفى سنة 275 هـ . ط . عيسى البابي الحلبي . بدون تاريخ .

4 – صحيح مسلم . للقشيري مسلم بن الحجاج المتوفى سنة 261 هـ مع شرح النووي ، المطبعة المصرية ومكتبتها بدون تاريخ .

وعن ابن خلدون أنه قد حذا حذو البخاري في نقل المجمع عليه من الأحاديث ، والترتيب على أبواب الفقه ، وإن خالفه في عدم تكرار الحديث بتكرر موضوعاته . ولذا فضله المغاربة ، وانكبوا على شرحه والعناية به . فقد أملى المازري المتوفى سنة 536 هـ – من فقهاء المالكية – شرحًا على صحيح

---

(1) مقدمة ابن خلدون (442) .

مسلم ، سماه : المعلم بفوائد مسلم ، أكمله القاضي عياض المتوفى سنة 544 فيما سماه : إكمال المعلم ، وتلاهما النووي محي الدين المتوفى سنة 677 هـ . بشرح استوفى ما في الكتابين وزاد عليهما فكان شرحًا وافيًا [1] .

5 – المسند لابن حنبل : الإمام أحمد بن محمد المتوفى سنة 241 هـ وقد حقق المسند الشيخ أحمد شاكر ولم يتمه ، وطبعه المكتب الإسلامي ببيروت ط 2 : 1398 هـ – 1978 م .

ويحتوي هذا المسند على نحو 30000 حديث وتصعب الإفادة منه على النحو الذي بين أيدينا ، ويجدر لهذا استكمال تحقيقه ، ووضع فهارسه بحسب الموضوعات .

6 – الموطأ لمالك بن أنس المتوفى سنة 179 هـ .

يعتبر كتاب الموطأ أقدم كتاب فقهي وصل إلينا إذا استثنينا الجامع الفقهي لزيد بن علي ، ويعتمد فيه مالك الحديث النبوي وأثر الصحابة ، كما يعتمد على ما صح لديه من عمل أهل المدينة أو إجماعهم . وهو بهذا الاعتبار يمثل مرحلة انتقالية بين الفقه الخالص في صيغته القديمة ، وبين علم الحديث الصرف [2] .

وفي الموطأ قريب من 822 حديثًا عن النبي ﷺ وفيه إلى جانب ذلك 613 أثرًا عن الصحابة ، و 285 عن التابعين . وقد روى الشيباني الموطأ ، وفيه 429 حديثًا ، 628 أثرًا عن الصحابة ، و 112 مرويًا عن التابعين .

وقد شرح السيوطي الموطأ بكتاب أسماه تنوير الحوالك بشرح موطأ الإمام مالك . وبآخره كتاب إسعاف المبطأ برجال الموطأ للسيوطي طبعة عيسى البابي الحلبي .

ثالثا : في السير والتاريخ .

1 – سير أعلام النبلاء . للذهبي شمس الدين محمد بن أحمد المتوفى سنة 748 هـ . وبهامشه إحكام الرجال من ميزان الاعتدال في نقد الرجال ، وهو للذهبي كذلك . هو من جملة ما اختصره من تاريخه الكبير – تاريخ الإسلام – مرتبًا على التراجم بحسب الوفيات ، وله عليه ذيل .

لم يخرج الذهبي على نهج الذين سبقوه في التأليف على الطبقات ولكنه امتاز عنهم بالشمول والسعة ، فرتبه على الطبقات ، وجعل لكل طبقة عشرين سنة ضمن سيرة الحكام ، وأصحاب السلطان ، كما تناول سير عامة الناس ، فترجم للخلفاء والصحابة والتابعين ، كما ترجم للملك والوزير والمؤرخ والمفسر والمحدث والفقيه والنحوي والفيلسوف ... إلى آخره .

---

(1) مقدمة ابن خلدون (442) .

(2) مقدمة محقق كتاب الموطأ برواية سويد بن سعيد الحدثاني .

حققه محب الدين بن غرامة العمروي ط 1 بتاريخ 1417 هـ 1997 م .

2 - شجرة النور الذكية في طبقات المالكية . للشيخ محمد بن محمد مخلوف . بدأه مؤلفه بمقدمة فيها سبع فرائد عن بعض مبادئ علم التاريخ وفضيلته ، وعن خصائص هذه الأمة ، ومنها أنهم أوتوا الإسناد ، وعن القرآن وتواتره ، وعن الفقهاء السبعة ، وعن طبقات الحديث ، وعن الأئمة المجتهدين ، وعن بعض خصائص هذه الأمة .

ثم قسم الكتاب إلى طبقات وتناول أعلام كل طبقة تناولًا موجزًا ، وإن كان لا يمكن الاستغناء عنه . طبعة دار الفكر .

3 - شذرات الذهب في أخبار من قد ذهب لابن العماد أبي الفلاح عبد الحي بن أحمد المتوفى سنة 1089 هـ . رتبه على السنين ليستبين منه تطور الحوادث وطبقات الرجال في القرون .

فتضمن ذكر وفاة الأعلام من السنة الأولى من الهجرة وحتى سنة ألف . طبعة دار الفكر للطباعة والنشر بيروت 1414 هـ 1994 م .

4 - الطبقات السنية في تراجم الحنفية للغزي تقي الدين بن عبد القادر المتوفى سنة 1005 هـ .

ذكر في أوله مقدمة تحتوي على أبواب وفصول مهمة تتعلق بفن التاريخ ، لا يسع المؤرخ جهلها . وصدر باسم السلطان مراد خان بن سليم العثماني ثم سيرة النبي ﷺ إجمالا مفيدًا ، ثم مناقب الإمام أبي حنيفة ، كما في الجواهر المضية .

والكتاب مرتب هجائيًا ، ذيله مؤلفه بأبواب الكنى والألقاب والأبناء والأنساب . وربما أكثر في بعض التراجم من الأشعار ، وقصد بذلك ألا يخلو كتابه من الأدب .

والكتاب يعتبر من أشمل الكتب في هذا الموضوع ؛ لأنه استقى مادته من الكتب التي سبقته ، كما أنه لقي كثيرًا من المترجمين المعاصرين وأفاد منهم .

حقق الكتاب عبد الفتاح الحلو . المجلس الأعلى للشئون الإسلامية لجنة إحياء التراث الإسلامي القاهرة . 1390 هـ - 1970 م .

5 - الفوائد البهية في تراجم الحنفية : للكنوي أبي الحسنات محمد عبد الحي المتوفى سنة 1304 هـ . مع التعليقات السنية على الفوائد البهية له أيضًا .

لخصه عن طبقات الكفوي محمد بن سليمان المتوفى سنة 990 هـ وأورد الاختلاف الواقع في المواليد والوفيات .

ووضح ما زلت فيه قدم الكفوي وغيره من العلماء في نسبة التصنيفات . وأوضح توثيق قدماء الفقهاء أو تضعيفهم في الرواية ، وضبط نسب الفقهاء من كتب الأنساب . توفرت لدينا طبعة دار الكتاب الإسلامي بدون تاريخ وهي ما اعتمدنا عليها .

6 – معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ، وهو معجم لمصنفي الكتب العربية منذ بدأ تدوين الكتب حتى الحاضر .

نهج المؤلف في مصنفه أن يذكر اسم المترجم ، وشهرته ، ووفاته ، ثم نسبته وكنيته ، ولقبه ، ثم اختصاصه في العلم ، ثم مكان ولادته ، ونشأته ورحلته ، ثم المناصب التي تولاها ، وينتهي بذكر مؤلفاته . ط 1 بتاريخ 1414 هـ ، 1993 م . مؤسسة الرسالة – بيروت .

7 – هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين من كشف الظنون ، للبغدادي إسماعيل باشا المتوفى سنة 1339 هـ .

دار الكتب العلمية – بيروت 1413 هـ – 1992 م .

رابعًا : المعجمات والكشافات والأدلة :

أ – معجمات القرآن .

١ – المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم لمحمد فؤاد عبد الباقي

طبعة دار الحديث القاهرة : ط 1 ، 1417 هـ – 1996 م .

ب – معجمات الحديث .

المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي . تبويب : لفيف من المستشرقين ، ونشر الدكتور أ.ى. ونسنك (أدندجان) مستشرق هولندي – كان أستاذ اللغة العربية في جامعة ليدن ، من سنة 1297 هـ إلى وفاته عام 1358 هـ – 1939 م . وهذا المعجم مطبوع سنة 1936 في مدينة ليدن – مكتبة بريل .

جـ – معجمات المصطلحات :

1 – دليل المصطلحات الفقهية الاقتصادية . للشيخ عز الدين التوني ، والدكتور عيسى زكي ، والشيخ خالد شعيب ببيت التمويل الكويتي . ط 1 ، بتاريخ 1412 هـ – 1992 م .

2 – قاموس المصطلحات الاقتصادية – محمد عمارة .

دار الشروق – القاهرة 1994 م .

3 – مصطلحات الفقه المالكي المعاصر : معاملات السوق تحرير وإشراف : يوسف كمال محمد . المعهد العالي للفكر الإسلامي . دراسات في الاقتصاد الإسلامي (25) القاهرة ط 1 ، 1418 هـ – 1997 م .

4 – معجم لغة الفقهاء : تأليف محمد رواس قلعجي ، وحامد صادق قنيبي . دار النفائس ببيروت 1405 هـ .

5 – معجم مصطلحات الاقتصاد لنبيه غطاس مكتبة لبنان 1980 م .

6 – معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء . د . نزيه حماد . وهو مصنف مرتب على

حروف الهجاء ، يتضمن سائر المصطلحات الفقهية الدائرة على ألسنة الفقهاء .

وهو يتعرض للدلالة الاصطلاحية ، ويبين ما إذا كانت لحل اتفاق الفقهاء ، أو اختلافهم ، ومدى تباين معناها في استعمالاتهم المختلفة ، ويشير إلى المذاهب المتداولة عند فقهائه ، إن كانت مذهبية ، وما يقابلها من ألفاظ عند الفقهاء الآخرين إن وجد .

المعهد العالمي للفكر الإسلامي . سلسلة المعاجم والأدلة والكشافات (5) القاهرة . ط 1 ، 1414 هـ ، 1993 م .

د . معجمات الكتب (التعريف بها) :

1 – كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون لحاجي خليفة المتوفى سنة 1067 هـ – وهو معجم لأسماء المؤلفات العربية ذكر فيه نحو 14500 كتاب مرتبة على الأبجدية ، جامع لأخبار الكتب المصنفة في الإسلام وقبله ، وأحوال مصنفيها ووفياتهم .

قيل عنه : لم يصنف في بابه مثله . طبع باعتناء العلامة فلوغل لسيك ليدن ، ومعه ترجمة إلى اللاتينية 1858 م ، وطبع ببولاق 1274 هـ ، وبالآستانة 1310 هـ .

هذبه إبراهيم أفندي المشهور بعربة جي باشا . عليه ذيل أحمد طاهر الشهير بحنيف زادة ، وذيل إسماعيل باشا (1339) إيضاح المكنون . دار الكتب العلمية 1413 هـ – 1992 م .

2 – إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون للبغدادي إسماعيل باشا . المتوفى سنة 1339 هـ .

دار الكتب العلمية 1413 ، 1992 م .

3 – معجم المطبوعات العربية والمعربة يوسف إليان سركيس ، وهو شامل لأسماء الكتب العربية والمعربة في الأقطار الشرقية والغربية ، مع ذكر أسماء مؤلفيها ، ولمعة من ترجمتهم ، وذلك من يوم ظهور الطباعة إلى نهاية السنة الهجرية 1339 هـ ، والموافقة لسنة 1919 م .

مكتبة سركيس – القاهرة 1346 هـ – 1928 م .

هـ – معجمات الأماكن والبقاع .

– معجم البلدان ، لياقوت الحموي المتوفى سنة 626 هـ ويعد هذا المعجم أهم مصنف في تاريخ الأدب الجغرافي العربي شهد له بالفضل كثير من السابقين واللاحقين فهذا ابن خلكان يصف المصنف بأنه كانت له همة عالية في تحصيل المعارف ، وقالوا عن المعجم : إنه خزانة علم وأدب وتاريخ وجغرافية .

وقيل : هو معجم جغرافي خالد ، وديوان الجغرافية العربية الأكبر . وقال عمر كحالة في كتابه التاريخ والجغرافيا في العصور الإسلامية : أكمل مصنف للمعلومات الجغرافية الوصفية والفلكية ،

واللغوية وأخبار الرحالة .

رتب الأسماء الواردة في معجمه على حروف الهجاء ، ثم يذكر سبب التسمية والاشتقاق اللغوي . ثم يحدد مواقع هذه الأسماء ، ويبادل ما بين الإسهاب والإشارة ، ويختم حديثه عن البلد بذكر أسماء المشهورين المنسويين إليها .

والنسخة التي استخدمناها هي التي حققها فريد عبد العزيز الجندي . دار الكتب العلمية بيروت .

و - معجمات اللغة :

1 - لسان العرب لابن منظور أبي الفضل محمد بن جلال الدين المتوفى سنة 711 هـ .

وهو أتم المؤلفات التي صنفت في اللغة ، رتبه على ترتيب الصحاح للجوهري ، وشرح ما أتى به من الشواهد من آيات ، وأحاديث ، وأشعار .

وقد اعتمدنا عليه في تعاريفنا اللغوية ، وتوفرت لدينا طبعة دار المعارف ، وهي طبعة مشكولة شكلًا تامًا ، ومذيلة بفهارس مفصلة ، وقد عني بترتيب هذه الطبعة وتحقيقها الأساتذة : عبد الله الكبير ، محمد أحمد حسب الله ، هاشم محمد الشاذلي ، سيد رمضان أحمد ، وهي بدون تاريخ وخلت من رقم الطبعة .

خامسًا : مصادر الفقه المالكي :

1 - حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل وهي حاشية كثيرة الفوائد ، غزيرة الفرائد ، جمة المعاني الدقيقة ، والأبحاث اللطيفة الرقيقة ، وهي كفيلة برفع كل إشكال عرض ، وإزالة كل لبس اعترض ، وجلب النقول العديدة ، وذكر المسائل والنكات المفيدة ، والفروع والنوازل والشبهات الحسنة الأكيدة ، وتقريب المعضلات البعيدة ، إلى غير ذلك مما اشتملت عليه من المحاسن التي لا ينكرها إلا عنود ذو قلب آس .

هكذا وصفها أبو عبد الله محمد بن المدني علي كنون في مقدمة حاشيته على حاشية الرهوني .

وقد اعتمدنا على طبعة مصورة عن الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق سنة 1306 هـ .

2 - المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب البغدادي .

هو كتاب جامع لأبواب الفقه كلها على مذهب الإمام مالك بن أنس ، وفق منهج العراقيين الذي يتميز بسلاسة أسلوبه وسهولة عباراته . وينافح عن المذهب المالكي بالحجة والدليل ومؤلفه القاضي عبد الوهاب البغدادي فقيه مالكي أصولي ضليع بلغ درجة الاجتهاد المذهبي ، بل الاجتهاد المطلق - كما صرح بذلك السيوطي .

احتوى المعونة . على 2767 فصل ، وكل فصل يحتوي على عدد كبير من الفروع والمسائل .

ولم يكتف البغدادي بعرض الفروع والمسائل فحسب بل عرض كثيرًا من القواعد والمسائل الأصولية .

وقد حقق الكتاب الدكتور : حميش عبد الحق ، والناشر مكتبة نزار مصطفى الباز بمكة المكرمة 1995 م .

3 - المدونة الكبرى من وضع سحنون وتأليفه . وتحتل المدونة مكانة كبيرة بين مؤلفات الفقه المالكي ، حتى إذا أطلقوا الكتاب فإنهم يريدونها به ، ويقول بعض مشايخ المالكية : إنها بالنسبة إلى غيرها من كتب المذهب كالفاتحة في الصلاة ، تجزئ عن غيرها ، ولا يجزئ غيرها عنها .

وقد استحقت المدونة هذه المكانة لدقة سحنون في نقلها عن ابن القاسم الذي يعترف له فقهاء المالكية بتفوقه على غيره في حفظ مذهب الإمام مالك ، ويرجع ذلك عندهم إلى طول ملازمة ابن القاسم مالكًا ، وورعه ، ودقة فهمه لأصول الإمام مالك .

ولذا يذكر ابن فرحون في التبصرة التقاء جمهور فقهاء المالكية على ترجيح رواية ابن القاسم إذا تعارضت مع غيرها .

4 - الرسالة لعبد اللّه بن أبي زيد القيرواني . وهي مختصر في الفقه المالكي ألفه أبو زيد بناء على سؤال بعض الناس إياه أن يكتب « جملة مختصرة من واجب أمور الديانة مما تنطق به الألسنة ، وتعتقده القلوب ، وتعمله الجوارح ، وما يتصل بالواجب من ذلك من السنن من مؤكدها ونوافلها ورغائبها وشيء من الآداب منها » .

وتتضح أهمية هذا المختصر في الفقه المالكي من كثرة الشروح والتعليقات عليها . ويذكر بروكلمان أن الشروح عليها قد وصلت إلى ثمانية وعشرين شرحًا .

5 - الاستذكار لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار.... تأليف ابن عبد البر والكتاب موسوعة فقهية مطولة ... وغاية ابن عبد البر في كتابه هذا شرح الموطأ وما فيه من أقاويل الصحابة والتابعين وتأصيل اختيارات مالك ، وإيراد آراء مخالفيه من فقهاء الأمصار وقد طبع الكتاب في ثلاثين جزءًا بتحقيق عبد المعطي قلعجي .

6 - المقدمات لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد جد الفيلسوف المشهور . مطبوع مع المدونة دار الفكر - بيروت .

ويتميز هذا الكتاب في الترتيب والتبويب ، فإن ابن رشد يجمل - ومثله حفيده - نقاط ما يبحثه من فروع في صدر المبحث ثم يتناولها بالتفصيل بعد ذلك .

كما يتميز الكتاب بإبراز أظهر المرويات في الفقه المالكي والترجيح بينها ، ويعتمد عليه خليل صاحب المختصر الذائع في المذهب المالكي .

7 – بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الفيلسوف .

ويتميز هذا الكتاب عن سائر كتب المذهب المالكي ، بل وعن سائر المؤلفات في الفقه الإسلامي – بتحريره أسباب اختلاف فقهاء المذاهب ، وتحقيقه في الأدلة التي قامت عليها للترجيح بين الأقوال المختلفة ، كما تصلح هذه القواعد لأن تكون طريقًا للتعرف على أحكام الفروع التي لا نص فيها .

إن بداية المجتهد كتاب مختصر في الفقه المالكي بخاصة وفي الفقه الإسلامي بعامة ، ولا يستغني عنه باحث مبتدئًا كان أو غير مبتدئ .

وقد اعتمدنا على طبعة المكتبة الأزهرية للتراث ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد .

8 – مختصر خليل في فقه الإمام مالك . تأليف خليل بن إسحاق بن موسى المالكي ، من علماء القرن التاسع الهجري .

وقد اجتمعت لهذا المختصر أسباب الإجادة حتى صار أهم عمل اعتمد عليه متأخرو المالكية ووسعوه شرحًا ، وبيانًا وتقريرًا . وقد لقي هذا المختصر مالم يلقه أي مختصر آخر في الفقه الإسلامي حتى إن أهم مراجع الفقه المالكي ليست إلا شرحًا لهذا المختصر .

9 – الشرح الكبير لأبي البركات أحمد بن محمد الدردير . وقد عين شيخًا للمالكية بعد وفاة الصعيدي العدوي .

وكتابه شرح على مختصر خليل .

10 – الشرح الصغير لأبي البركات أحمد بن محمد الدردير كذلك وعليه حاشية للعلامة أحمد ابن محمد الصاوي .

11 – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد بن عرفة الدسوقي .

12 – فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ، ومحمد بن أحمد بن محمد الملقب بعليش المتوفى سنة 1882 م والكتاب يضم كثيرًا من الفتاوى في العقائد والفقه وأصوله كما يشير إلى بعض الوقائع التي شغلت اهتمام الناس في القرن التاسع عشر الميلادي .

كما يتناول بعض الأحكام الفقهية الأساسية دون تطويل فيها ، ولا تفصيل في الاستدلال .

فهرس عام للجزء الرابع

من كتاب المقارنات التشريعية

الكتاب الثاني

الكتاب الثالث

القسم التاسع الكتاب الأول

الكتاب الثاني

الكتاب الثالث

فهرس أبجدي للجزء الرابع

من المقارنات التشريعية

(ق)

(ك)

(م)

(ن)

رقم الإيداع

2000/7096

الترقيم الدولي I.S.B.N

977-5146-95-9

مركز الدراسات والبحوث الفقهية والاقتصادية

مركز الدراسات والبحوث الفقهية والاقتصادية مؤسسة فكرية إسلامية متخصصة أنشئت وسجلت في القاهرة بجمهورية مصر العربية لتعمل على :

- إبراز القواعد والمبادئ التي تضمنتها الشريعة الإسلامية وتيسيرها على الباحثين .
- إجراء الدراسات المقارنة بين أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية .
- صياغة العقود الشرعية صياغة جديدة يتوفر فيها البعد عن الربا والغرر الفاحش ، بحيث تكون العقود متفقة ومتوائمة مع حاجات العصر ومتطلبات وسرعة وضخامة تعاملاته ، والإسهام في تطوير بحوث الاستثمار المصرفي .
- الاهتمام بإحياء تحقيق الكتب التراثية الهامة ودراستها وإعداد الفهارس اللازمة لتيسيرها على الباحثين والإفادة منها .
- إعداد الأدوات والأعمال البحثية لتدعيم جهود علوم الشريعة الاقتصادية ، والقانون . وإعداد الأدلة والكشافات والببلوجرافيات والفهارس والملخصات والتقارير وغيرها .
- توفير قاعدة بيانات حديثة ومتجددة في كافة المجالات التي تخدم أهداف الشريعة والاقتصاد والبنوك الإسلامية .

ويستعين المركز لتحقيق أهدافه بوسائل عديدة منها :

1 - عقد المؤتمرات والندوات العلمية والفكرية المتخصصة .

2 - التعاون مع المراكز البحثية والفكرية المتخصصة في جميع أنحاء العالم .

3 - دعم جهود العلماء والباحثين والعمل على نشر الإنتاج العلمي المميز .

والمركز يأمل بعون الله تعالى أن تكون له فروع في جميع الدول العربية والإسلامية والأجنبية ، ليمارس من خلالها أنشطته المختلفة ، كما يأمل أن يكون هناك أوجه تعاون مع المراكز البحثية المتخصصة في جميع دول العالم .

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

جمهورية مصر العربية – القاهرة

13 ش مرقص حنا من ش شاهين – العجوزة تليفاكس 3498853

المعادي الجديدة فيلا 8 ش 281 . ح